Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Teilleistungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

Doktors der Rechtswissenschaft

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin Luther-Universität

Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Jens Johannsen

Assessor

aus Berlin-Pankow

Berichterstatter:

Professor Dr. Rudolf Schmidt

1936

Druck: Triltsch & Huther, Berlin

Gliederung.

Seite

§ 1: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages . . . . . 5—7

§ 2: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Erfüllung eines Teiles mehrerer Leistungspflichten durch den klagenden Gläubiger . . . . . 8—19

§ 3: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei quantitativer oder qualitativer Unvollständigkeit der Gegenleistung . . . . . 19—31

§ 4: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Parteienmehrheit 31—33

§ 5: Die Beschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320, II BGB . . . . . 33—48

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

§ 1:

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages.

Es entspricht dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, daß die aus dem Vertrage entspringenden beiderseitigen Verpflichtungen nicht nur in der Entstehung (sogenannte genetische Abhängigkeit), sondern auch während der Dauer ihres Bestehens und insbesondere in ihrer Erfüllung voneinander abhängig bleiben. Diese sogenannte funktionelle Abhängigkeit, die ihren Ausdruck in den Bestimmungen der §§ 320 bis 327 BGB findet, ist nun im heutigen Recht nicht soweit durchgeführt, daß von vornherein jede Partei nur einen Anspruch auf „Leistung gegen Gegenleistung" hat, d. h. daß der Gläubiger die ihm gebührende Leistung nur verlangen kann, wenn er zuvor die ihm obliegende Gegenleistung erfüllt, wie z. B. nach dem Allgemeinen Landrecht (§ 232, I, 5; § 271, I, 5 ALR), vielmehr hat jeder Vertragspartner aus dem Vertrage schlechthin einen Anspruch auf die ihm versprochene Leistung und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er selbst schon den Gegner befriedigt hat oder nicht. Die in dem Austauschversprechen begründete Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungen kommt aber dadurch zur Geltung, daß dem Schuldner durch § 320 BGB das Recht gegeben wird, die Erfüllung der ihm obliegenden Leistung „bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Gegenleistung zu verweigern".[1]) Da die Gegenleistung erst dann bewirkt ist, der fordernde Teil seine

[1]) Die bekannte gemeinrechtliche Streitfrage, ob die Einlassung des Beklagten als Einrede, so vor allem Heerwart, S. 347, und die heute herrschende Lehre, oder als Leugnen des Klagegrundes, so Keller, Jahrbuch d. D. R. IV (1860), S. 337, anzusehen sei, ist neuerdings wieder durch Leonhard (Lb. I, S. 337, früher schon Beweislast, S. 150) aufgerollt worden. L. vertritt trotz des vom Gesetz im § 202, II BGB selbst gebrauchten Ausdrucks „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" die Ansicht, daß die Geltendmachung des im § 320 BGB gegebenen Rechtsbehelfs als Klagleugnen anzusehen sei, weil das Bürgerliche Gesetzbuch sogenannte „tatbestandslose Einreden", eine solche läge hier vor, nicht kenne. Dagegen in ausführlicher und zutreffender Begründung Haymann, JR 1931, S. 193 ff. H. weist nach, daß das Gesetz sehr wohl auch Einreden kennt, die ihr Fundament aus dem Klagevortrag selbst entnehmen, so die Einrede der Verjährung, die Einrede der Vorausklage des Bürgen, § 771 BGB, usw. Damit entfällt das Hauptargument Leonhards. Auch die Beweislastverteilung spricht nicht gegen die herrschende Lehre, denn der Kläger ist für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht deshalb beweispflichtig, weil die Behauptung der Erfüllung, wie Leonhard meint, zum Klagegrund ge-

Gegenverpflichtung erst dann erfüllt hat, wenn das Geleistete sowohl seinem Umfange als auch seiner Beschaffenheit nach dem Geschuldeten voll entspricht, steht dem Schuldner dieses Leistungsverweigerungsrecht nicht nur dann zu, wenn der Gläubiger überhaupt noch nichts geleistet hat, sondern auch dann, wenn nur noch ein Teil der Gegenleistung aussteht.[2])

Die Einlassung des Beklagten, der Kläger habe erst einen Teil der Gegenleistung erbracht, denn das von ihm Geleistete sei unvollständig oder mangelhaft, pflegt man auch heute noch im Anschluß an den Wortgebrauch des gemeinen Rechts als Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages (exceptio non rite adimpleti contractus) zu bezeichnen.[3]). Dabei darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß damit lediglich ein Sonderfall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gekennzeichnet wird, denn „nicht gehörige Erfüllung" ist nichts anderes als Nicht-Erfüllung des Vertrages, weil nur eine Leistung, die in jeder Weise der geschuldeten voll entspricht, das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt und damit als Erfüllung zu gelten hat.

Außer dem Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB können nun dem Beklagten, der lediglich eine unvollständige oder mangelhafte Leistung, also eine Teilleistung im Sinne des § 320, II BGB, erhalten hat, noch andere Rechtsbehelfe gegenüber dem Anspruch des Klägers zur Verfügung stehen, man denke an Wandlung oder Minderung und an die auf den Rechten aus Teilunmöglichkeit der geschuldeten Leistung beruhenden Einwendungen. Da man auch diese Rechte des Beklagten darauf zurückführte, daß der Kläger seine Verpflichtung nur scheinbar erfüllt habe, wurden die aus ihnen abgeleiteten Einreden in der älteren Rechtslehre zuweilen gleichfalls zu der exceptio non rite adimpleti contractus gerechnet, deren Besonderheit dann darin bestehen sollte, daß dem Beklagten hier im Gegensatz zu der exceptio non adimpleti contractus die Beweislast für die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages oblag. Aber schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts hatte sich die Absicht durchgesetzt, daß eine solche Zusammenfassung ihrem Wesen nach völlig verschiedener Rechtsbehelfe des Beklagten unzulässig ist.[4]) Vielmehr sind die Einreden der

hört, sondern deshalb, weil die Behauptung der Erfüllung eine Replik auf die Einrede aus § 320 BGB darstellt, die der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen hat.

[2]) Planck, § 320, Anm. 3; Oertmann, § 320, Anm. 8; Staudinger, § 320, Anm. I, 2.

[3]) André, S. 48 ff.; Planck, a.a.O.

[4]) André, S. 56 ff., 120; Heerwart, S. 353 ff.; Leonhard, Lb. I, S. 343; Petersen, S. 52 ff.

Wandlung oder Minderung und die auf § 323 BGB beruhenden Einwendungen des Beklagten von der Nichterfüllungsrüge des § 320 BGB scharf zu trennen, denn sie schließen sich oft gegenseitig aus. Sowohl der Verkäufer, der ein mangelhaftes Stück liefert,[5]) als auch der Vertragsteil, dessen noch ausstehende Leistung unmöglich geworden ist, erfüllen regelmäßig mit der Bewirkung der fehlerhaften oder unvollständigen Leistung die ihnen nach dem Vertrage obliegende Verpflichtung.[6])

Will man den Begriff der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages gleichwohl noch aufrecht erhalten, so kann damit lediglich der besondere Fall der Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch den Beklagten bezeichnet werden, an den eine Teilleistung bewirkt und noch eine Restleistung geschuldet wird.

---

[5]) Vgl. unten § 3 der Arbeit.

[6]) Ist die Leistungspflicht des Klägers nach § 323 BGB erloschen, weil die dem Beklagten geschuldete Gegenleistung dauernd unmöglich geworden ist, so muß notwendigerweise damit zugleich auch der Rechtsbehelf untergegangen sein, der dem Beklagten zur Durchsetzung seines Anspruches auf diese Leistung im § 320 BGB gegeben ist. Das schließt zwar nicht aus, daß der Beklagte, der den Eintritt der Unmöglichkeit nicht kennt oder nicht beweisen kann, sich zunächst auf § 320 BGB beruft; der Kläger kann die Einrede aber dadurch beseitigen, daß er die Unmöglichkeit der noch ausstehenden Gegenleistung dartut.

Vgl. Oertmann, § 320, Anm. 9; Regelsberger, Jherings Jb. 40, S. 259 ff.; Kisch, S. 49 ff.; RG in Warn. 1908, N. 611, 1917, N. 135; abw. RG im „Recht" 1913, N. 1266.

Inwieweit der Beklagte die Einrede des § 320 BGB bis zur Erfüllung etwaiger Schadensersatzansprüche aus § 325 BGB geltend machen kann, hängt davon ab, welcher Ansicht über das Wesen des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung man folgt. Die vor allem vom Reichsgericht (RGRKomm. § 325, Anm. 1a, § 320, Anm. 3 und die dort zit. Entscheid., insbesondere RG in Warn. 1917, N. 135; RG 58/177) vertretene Differenztheorie läßt für die Anwendung des § 320 BGB keinen Raum, da sich nach ihr das gegenseitige Schuldverhältnis unter Wegfall des Gegenanspruchs des zur Schadensersatzleistung verpflichteten Schuldners in einen einseitigen Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Schadens umwandelt, der ihm aus der beiderseitigen Nichterfüllung des Vertrages erwächst. Lediglich bei der Austauschtheorie, die dem Gläubiger den Ersatz des Schadens zubilligt, der ihm aus der Nichterfüllung seiner Forderung erwächst, dabei aber dem Schuldner den Anspruch auf die ihm gebührende Leistung beläßt, bestehen noch auf beiden Seiten Leistungspflichten, deren Erfüllung die Parteien nach § 320 BGB voneinander abhängig machen können. Vgl. Oertmann, § 325, Anm. 1b; § 320, Anm. 4; Enneccerus-Lehmann, § 53, IV, 1.

§ 2:

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Erfüllung eines Teiles mehrerer Leistungspflichten durch den klagenden Gläubiger.

Solange der aus einem gegenseitigen Vertrage klagende Teil seinerseits noch n i c h t s geleistet hat, werden sich bei der Prüfung der Frage, ob der Beklagte seine Leistung auf Grund des § 320 BGB verweigern kann, kaum Schwierigkeiten ergeben. Ungleich schwieriger wird die Entscheidung jedoch dann, wenn der Kläger der ihm aus dem Vertrage obliegenden Leistungspflicht bereits zum Teil nachgekommen ist. Macht der Beklagte in diesen Fällen dem Klagebegehren gegenüber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend, so muß stets geprüft werden, ob nicht mit Rücksicht auf Art und Umfang der noch ausstehenden Leistung das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB entfällt oder doch wenigstens gemäß § 320, II BGB Einschränkungen unterworfen ist, weil die Verweigerung der ganzen Leistung gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Da sich aus fast allen gegenseitigen Verträgen wenigstens für den einen meist aber für beide Vertragsteile mehrere Leistungspflichten ergeben, soll zunächst untersucht werden, ob und inwieweit der Schuldner bei Ausbleiben einer dieser Leistungen auf Grund des § 320 BGB zur Verweigerung der von ihm geforderten Leistungen berechtigt ist. Danach bleibt zu prüfen, welchen Einfluß die unvollständige oder mangelhafte Bewirkung der einzelnen Vertragsleistung auf die Einrede des § 320 BGB ausübt.[7])

1. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob a l l e sich aus dem Vertrage ergebenden Leistungen Gegenstand der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sein können, oder ob nicht vielmehr aus der ausdrücklichen Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung im § 320 BGB eine Beschränkung der Einrede auf bestimmte Leistungsgruppen zu entnehmen ist.

P l a n c k[8]) vertritt die Ansicht, daß § 320 BGB grundsätzlich auf alle beiderseitis geschuldeten Leistungen anzuwenden sei, daß der Schuldner also jede der ihm obliegenden Leistungen wegen Ausbleibens jedes beliebigen Teiles der Vertrags-

[7]) Die Bestimmung des § 320, II BGB ist Gegenstand eines besonderen Abschnittes der Arbeit (§ 5) und bleibt deshalb im folgenden zunächst unberücksichtigt.

[8]) Planck, § 320, Anm. 3b.

leistung des Gläubigers verweigern könne. Einschränkungen dieses weitgehenden Rechts seien lediglich durch § 320, II BGB geboten. Diese Bestimmung liefere auch vermöge ihrer größeren Elastizität einen weit besseren Maßstab für die gewiß erforderliche Einschränkung des § 320 BGB als das vielfach verlangte Äquivalenzerfordernis.

Diese weite Auslegung des § 320 BGB hat aber keine Zustimmung gefunden, vielmehr wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Rechtslehre allgemein angenommen, daß das Anwendungsgebiet der Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf bestimmte Vertragsleistungen zu beschränken sei. Jedoch herrscht darüber, wie der § 320 insoweit auszulegen sei, keineswegs Einstimmigkeit und Klarheit.

Vielfach begnügt man sich mit der Forderung, daß Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen müssen, ohne aber diese Voraussetzung näher zu erläutern.[9])

Nach der Ansicht von K i s c h [10]) sollen die §§ 320 ff. BGB nur auf die typischen und hauptsächlichsten Verbindlichkeiten Anwendung finden. Auch A d l e r [11]) will zwischen Haupt- und Nebenleistungen unterscheiden. Hauptleistungen sind nach seiner Ansicht z. B. beim Kaufvertrage alle Leistungen, die zur Warenlieferung und Preiszahlung gehören oder diese ersetzen sollen, also insbesondere die Lieferungspflicht des Verkäufers, die Gewährleistungs- und Schadensersatzpflichten wegen Nicht-, Spät- oder Schlechtlieferung, die Zahlungspflicht des Käufers und die Ersatzpflicht wegen verspäteter Zahlung. Als Nebenleistungspflichten bezeichnet Adler die auf beiden Seiten vorkommende Verpflichtung, die Reklame für die Ware zu besorgen oder die Verpflichtung des Verkäufers zum Unterricht im Gebrauch der verkauften Maschine. — Nun könne man zwar, so lehrt Adler, die Hauptleistungen des Klägers einerseits gegenüber den gesamten (Haupt- und Neben-) Leistungen des Beklagten andererseits als Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 320 BGB ansehen, dagegen nicht auch die Nebenleistungen der Parteien untereinander.

Die hier vorgeschlagene Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistungen wird aber weder von Kisch noch von Adler aus dem Gesetz oder der Rechtsnatur des gegenseitigen

---

[9]) Soergel, § 320, Anm. 1; Windscheid-Kipp, II, S. 323; RG 54/125; 108/137; JW 1924/796, 812.

[10]) Kisch, S. 7; ihm zustimmend Staudinger, § 320, Anm. I, 1; Vorbem. § 320, Anm. 2b.

[11]) Adler, S. 3 f.

Vertrages oder der Einrede des nicht erfüllten Vertrages abgeleitet. Sie hat in Rechtsprechung und Rechtslehre[12]) wenig Zustimmung gefunden. Gegen sie spricht einmal das Fehlen eines Unterscheidungsmerkmales dafür, woran bei der Mannigfaltigkeit der im Rechtsleben vorkommenden gegenseitigen Verträge Haupt- und Nebenleistungen zu erkennen seien, man denke etwa an die verschiedenartigen Leistungen einer Zimmervermieterin, die für ihren Mieter das Essen zubereitet, seine Wäsche und Kleidung in Ordnung hält, kleine Einkäufe und sonstige Besorgungen erledigt usw. Weiterhin führt die hier bekämpfte Ansicht zu unbilligen Ergebnissen. So müßte man z. B. bei einem Vertrage, in dem ein Tischlermeister seinem Kunden die Lieferung dunkel gebeizter Möbel verspricht und in dem er sich weiterhin verpflichtet, alte hellfarbige Möbelstücke des Kunden so umzuarbeiten und umzubeizen, daß sie zu den neuen passen, die zweite Verpflichtung als Nebenleistungspflicht bezeichnen. Dem Käufer wäre also die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei ihrer Nichterfüllung zu versagen, selbst wenn die neuen Möbel allein für ihn fast wertlos sind.[13]) Daß die Versagung der Einrede des § 320 BGB in solchen Fällen zu Unbilligkeiten führen kann, hat Adler offenbar schon selbst gesehen, denn er schränkt seine Lehre dahin ein,[14]) daß ausnahmsweise durch Gesetz oder Parteiwillen Nebenleistungen die Bedeutung von Hauptleistungen beanspruchen könnten, ohne aber näher darzulegen, wann dies anzunehmen sei.

Zur Lösung der Frage, welche Leistungen die Parteien mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegeneinander zurückhalten können, kann man m. E. nur dann gelangen, wenn man von Grundlage und Zweck dieses Rechtsbehelfs ausgeht. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beruht, wie bereits im § 1 einleitend ausgeführt ist, allein auf der durch das Versprechen des Leistungsaustausches gegebenen Abhängigkeit der von den Parteien mit dem Vertrage übernommenen Verpflichtungen, sie findet dementsprechend ihr Ziel allein in der Wahrung dieser Abhängigkeit bis zur Erfüllung des Vertrages (§ 322 BGB). Daraus ergibt sich als notwendige Folge, daß nur diejenigen Leistungen Gegenstand der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sein können, deren Austausch die Parteien mit dem

---

[12]) Dagegen insbes. Heck, S. 129; Leonhard, Lb. I. S. 341 f.; v. Tuhr, S. 464; RG in Seuff. Arch. 65/440; RG in Gruch. Beitr. 56/1126.

[13]) Nach der Ansicht von Adler wäre ihm die Einrede jedenfalls bezüglich etwaiger ihm obliegender Nebenleistungspflichten zu versagen.

[14]) Adler, S. 4.

Vertragsschluß erstrebt haben, auf deren Austausch der Vertrag gerichtet ist[15]).

Der Einwand Plancks, daß gegen diese Beschränkung des Anwendungsgebietes der Einrede des § 320 BGB nicht nur das Schweigen des Gesetzes spreche, sondern auch die große praktische Schwierigkeit der Ermittlung, welche Leistungen im Einzelfall zu der einen oder der anderen Gruppe gehören, erscheint mir nicht begründet. Die hier unmittelbar aus dem Wesen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gefolgerte Voraussetzung findet sich im § 320 BGB in der Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung gekennzeichnet. Dadurch unterscheidet sich der Wortlaut des § 320 BGB wesentlich von dem des § 273 BGB, der lediglich das Gegenüberstehen zweier fälliger Ansprüche der Parteien aus demselben rechtlichen Verhältnis ohne Rücksicht auf ihren Inhalt erfordert.

Auch das weitere Bedenken Plancks erscheint ungerechtfertigt. Man darf allerdings die hier vertretene „Äquivalenztheorie" nicht so einengen, wie es teilweise geschieht, daß nur diejenigen Leistungen gegeneinander zurückgehalten werden dürfen, die sich „unmittelbar als Wert und Gegenwert"[16]) gegenüberstehen, so daß bei einem Vertrage, in dem auf jeder Seite mehrere Verbindlichkeiten übernommen sind, genau zu untersuchen wäre, inwieweit die einzelnen Leistungen als Entgelt füreinander zu betrachten sind.[17]) Ein einfaches Beispiel zeigt, daß diese Ansicht praktisch undurchführbar ist. Ein Bauer bestellt bei einem Händler 50 Zentner Kohlen und 3 m Holz für den Winter, er will dafür 25,— RM in bar zahlen, im übrigen verspricht er die Lieferung von mehreren Zentnern Getreide und Kartoffeln. Es ist unmöglich, festzustellen, welche Leistungen hier im einzelnen Wert und Gegenwert zueinander bilden, ob das Holz als Entgelt für das Getreide oder die Kartoffeln oder das Geld anzusehen ist. Die hier geforderte Einschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf die sich „unmittelbar" gegenüberstehenden Leistungen entspricht auch

[15]) So auch Leonhard, Lb. I, S. 341 f.; v. Tuhr, S. 464; Heck, S. 129; RG in Seuff. Arch. 65/440; in Gruch. Beitr. 56/1126.

[16]) Staub-Heinichen, Vorb. § 373, Anm. 77.

[17]) Die von Kisch, S. 8, Anm. 23, für seine Ansicht angeführte Entscheidung in JW 1894/268 besagt jedoch gerade das Gegenteil: „Geht aus einem einheitlichen Vertrage für beide Teile eine Reihe einzelner Verpflichtungen hervor, so kann jeder Kontrahent seine fällige Einzelleistung zurückhalten, wenn der andere Kontrahent seinerseits mit einer Leistung in Verzug geraten ist, auch wenn beide Leistungen nicht im Zusammenhange miteinander stehen. Es ist dies eine Folge der Einheitlichkeit des Vertrages, welche die Einrede mangelnder Vertragserfüllung auch dann rechtfertigt, wenn es sich nicht um unmittelbare Gegenleistungen handelt."

weder dem Parteiwillen noch dem Zweck des § 320 BGB. Die Parteien wollen in unserem Falle nicht Kohlen gegen Getreide und Holz gegen Kartoffeln austauschen, sondern der Bauer erhält Kohlen und Holz im Austausch zu Geld und Getreide und Kartoffeln. Diese Gesamtleistungen werden bei derartigen Verträgen gegeneinander ausgetauscht, sie stehen sich als Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 320 BGB gegenüber. — Solange aber die aus dem Vertrage klagende Partei einen Teil der von ihr geschuldeten Gesamtleistung noch nicht bewirkt hat, kann der Vertragsgegner seine Leistung im Rahmen der durch § 320, II BGB gebotenen Grenzen ganz oder zum Teil zurückhalten.[18]) Der Bauer kann also, solange er das Holz noch nicht erhalten hat, sowohl das Geld als auch das Getreide oder die Kartoffeln insgesamt oder auch nur eine dieser Leistungen auf Grund des § 320 BGB verweigern. Ebenso darf sich beispielsweise der Verkäufer eines Automobils, der nach dem Kaufvertrage während der Einlaufzeit des Motors zu wiederholter Überprüfung und Ausbesserung verpflichtet ist, zur Begründung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sowohl darauf berufen, daß der Käufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt habe als auch darauf, daß er vertragswidrig den Betriebsstoff nicht bei ihm, sondern von einem Dritten kaufe, oder daß er den Wagen nicht bei der im Vertrage vereinbarten Versicherungsgesellschaft versichert habe, denn auch diese Leistungen sind Teile der vom Käufer im Austausch zu den Leistungen des Verkäufers versprochenen Gesamtleistung.

Es bleibt also nach der hier vertretenen Auffassung lediglich zu prüfen, ob die vom Kläger noch nicht bewirkte und die vom Beklagten verweigerte Leistung Teile der von den Parteien nach dem Vertrage auszutauschenden Gesamtleistungen sind, nicht aber, ob sie sich auch unmittelbar als Wert und Gegenwert gegenüberstehen. Die Prüfung dieser Frage mag zwar, wie Planck zuzugeben ist, vereinzelt Schwierigkeiten bereiten, keineswegs sind diese aber so groß, daß dadurch die praktische Durchführbarkeit der hier entwickelten Ansicht in Frage gestellt ist.

Im folgenden soll nun untersucht werden, welche Einschränkungen sich aus den vorhergehenden Ausführungen für die Anwendung der Einrede des § 320 BGB bei den wichtigsten gegenseitigen Verträgen ergeben.

Der Kaufvertrag ist auf den Austausch einer Sache oder eines Rechtes gegen Geld gerichtet. Diese Leistungen können

[18]) So auch Heck, S. 129; JW 1894/268.

die Vertragschließenden deshalb mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegeneinander zurückhalten. Dagegen kann der Käufer z. B. die Erfüllung der häufig vorkommenden Verpflichtung, die Verpackung der verkauften Ware, die leeren Getreidesäcke oder Bierfässer, zurückzustellen, nicht auf Grund des § 320 BGB wegen einer noch ausstehenden Leistung des Verkäufers, etwa einer Schadensersatzforderung wegen verspäteter Lieferung der Ware verweigern, denn die hier vom Käufer geschuldete Leistung ist nicht im Austausch zu den von dem Verkäufer eingegangenen Leistungspflichten übernommen[19]). Auch zwischen dem Anspruche des Verkäufers eines Fabrikanwesens gegen den Erwerber auf Herausgabe der nicht mitverkauften Geräte und Vorräte und dem Anspruche des Erwerbers wegen verspäteter Räumung des Grundstücks besteht nicht das für § 320 BGB erforderliche Abhängigkeitsverhältnis, denn auch hier ist nach unserer Ansicht die Leistungpflicht des Käufers nicht als ein Teil der von ihm übernommenen Gegenleistungspflichten anzusehen[20]). Die Nichterfüllung der dem Käufer nach § 433 BGB obliegenden Abnahmepflicht wird in der Regel kein Leistungsverweigerungsrecht für den Verkäufer begründen, doch kann beispielsweise bei dem Verkauf von Gerümpel oder Abfällen das Interesse des Verkäufers an der Abnahme so groß sein, daß diese neben dem Kaufpreis als Gegenleistung für die Überlassung der Ware erscheint. In derartigen Fällen gehört deshalb auch die Abnahme zu den beim Kaufvertrage im Austauschzusammenhang stehenden Vertragsleistungen[21]).

Beim Mietvertrag stehen sich die Gebrauchsüberlassung der vermieteten Sache und die Mietzinszahlung als Leistung und Gegenleistung gegenüber. Dagegen gehören die Rückgabe der Mietsache und etwaige Ersatzleistungen wegen ihrer Veränderung oder Verschlechterung durch den Mieter nicht zu den von ihm bei Vertragsschluß im Austausch zu den Vermieter-

---

[19]) Das hindert jedoch nicht, daß derartige Leistungen u. U. Gegenstand anderer Zurückbehaltungsrechte, insbesondere des allgemeinen Zurückbehaltungsrechtes des § 273 BGB, sein können. Nach § 273 BGB ist die Zurückhaltung der geschuldeten Leistung schon dann gerechtfertigt, wenn der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, ohne Rücksicht auf den Inhalt dieses Anspruchs. § 320 BGB ist aber insofern für den Schuldner günstiger, als der Gläubiger diese Einrede nicht durch Sicherheitsleistung hindern kann. Ein Umstand, der für den Schuldner u. U. sehr wesentlich sein kann; vgl. dazu die Beispiele bei Planck, § 320, Anm. 4 a. E.

[20]) So mit Recht das RG im „Recht" 1928, Z. 1541.

[21]) Leonhard, Lb. I, S. 341; Planck, § 320, Anm. 3b.

leistungen versprochenen Gegenleistungen, sie können deshalb niemals wegen Nichterfüllung der Vermieterpflichten — etwa einer Schadensersatzforderung des Mieters wegen Nichtbeseitigung eines Mangels der Mietsache (§ 538 BGB) — auf Grund des § 320 BGB zurückgehalten werden[22]). Ebensowenig kann der Vermieter die Erfüllung etwaiger Verwendungsersatzansprüche des Mieters aus § 547 BGB wegen Ausbleibens einer Mietzinsrate nach § 320 BGB verweigern, da dieser Anspruch des Mieters nicht unmittelbar auf dem von dem Vermieter bei Vertragsschluß abgegebenen Leistungsversprechen beruht[23]).

Beim Dienst- und Arbeitsvertrag bildet der Lohn die Gegenleistung für die Arbeitsleistung[24]). Dagegen gehören die dem Dienstherrn auf Grund der §§ 617, 618 BGB zum Schutze des Dienstverpflichteten obliegenden Leistungen, die Erteilung eines Zeugnisses nach Beendigung des Dienstverhältnisses (§ 630 BGB) und die Bereitstellung der Arbeitsgeräte durch den Dienstherrn nicht zu denjenigen Leistungen, auf deren Austausch der Dienstvertrag gerichtet ist. Der Dienstberechtigte kann also die Erfüllung dieser Verpflichtungen nicht auf Grund des § 320 BGB verweigern, etwa weil der Arbeitnehmer die ihm nach dem Vertrage obliegende Säuberung und Instandhaltung der Arbeitsräume und Arbeitsgeräte nicht ausgeführt hat.

Sehr umstritten ist die Frage, ob der Dienstverpflichtete die Verletzung der Unterlassungspflicht[25]) aus einem Konkur-

[22]) RG 108/137.

[23]) Übrigens darf auch der Verkäufer seine Leistung nach § 320 BGB nicht verweigern, weil er nach Abschluß des Vertrages Aufwendungen auf die Kaufsache machte, die der Käufer noch nicht ersetzt hat. In diesen Fällen hilft lediglich § 273 BGB, Düringer-Hachenburg, vor § 343, Anm. 247.

[24]) Dem Dienstverpflichteten ist allerdings durch § 614 BGB, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, regelmäßig die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages wegen Nichterfüllung der Lohnzahlungspflicht des Dienstherrn versagt. — Über die Frage, ob der Dienstverpflichtete seine Leistung wegen Ausbleibens einer Lohnrate für einen bereits verflossenen Lohnzahlungsabschnitt verweigern kann, vgl. unten, S. 17.

[25]) Schon die Frage, ob überhaupt Unterlassungspflichten Gegenstand des Einrederechts aus § 320 BGB sein können, hat zu Zweifeln geführt. Das Reichsgericht (RG 102/130; ebenso RGRKomm. § 320, Anm. 2) erklärt es für widersinnig, „auf die Verbindlichkeit zu einer Unterlassung den Gedanken anzuwenden, als würde durch das Zuwiderhandeln die Verpflichtung zur Unterlassung einbehalten". — Adler (S. 6 f.) hält die Bestimmung des § 320 BGB jedenfalls bei Dauerunterlassungen für undurchführbar. — Schließlich wird die Ansicht vertreten, daß der Unterlassungspflichtige grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Folgen seines Tuns zuwiderhandeln dürfe, wenn die geschuldete Leistung nicht bewirkt worden ist oder bewirkt wird (Lehmann, S. 308).

Die Ansicht des Reichsgerichts ist sicherlich zu eng. Es ist nicht ein-

renzverbot damit rechtfertigen kann, daß der Dienstherr mit der Zahlung des Dienstlohnes oder einer sonstigen Leistung im Rückstande ist[26]). Man wird nach der hier vertretenen Ansicht zu prüfen haben, ob die Vereinbarung der Konkurrenzklausel nach den Vertragsverhandlungen Einfluß auf die Höhe des Dienstlohnes oder einer sonstigen Entschädigung gehabt hat oder nicht. War die Aufnahme des Konkurrenzverbotes in den Vertrag für die Höhe der Gegenleistung des Dienstherrn ohne Bedeutung, so kann der daraus Verpflichtete seine Innehaltung niemals auf Grund des § 320 BGB von der Zahlung des rückständigen Lohnes abhängig machen. Hat dagegen, wie es regelmäßig der Fall sein wird, die Vereinbarung der Konkurrenzklausel Einfluß auf den Umfang der dem Verpflichteten zu gewährenden Gegenleistung gehabt, so ist auch bezüglich dieses Teiles der dem Dienstherrn geschuldeten Leistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegeben[27]).

Beim Werkvertrag stehen die Verpflichtung zur Herstellung des Werkes und die Verpflichtung zur Zahlung des Werklohnes in dem für § 320 BGB erforderlichen Abhängigkeitsverhältnis. Aber ebensowenig wie die Bestellung einer Sicherungshypothek zugunsten des Bauunternehmers (§ 648 BGB) als ein Teil der Gegenleistung für die Herstellung des Bauwerkes angesehen werden kann, kann die Einwilligung in die Löschung einer solchen Hypothek als Gegenleistung für die Zahlung der der Hypothek zugrundeliegenden Werklohnforderung gelten[28]).

---

zusehen, warum beispielsweise der Schuldner, dem gegen Entgelt für bestimmte Stunden des Tages ein weitgehendes Lärmverbot zugunsten seines Nachbarn auferlegt ist, nicht unter Berufung auf § 320 BGB dem Verbot zuwiderhandeln darf, solange er das ihm versprochene Entgelt nicht erhalten hat. Es entspricht, wie Planck (§ 273, Anm. 2a) mit Recht betont, bei gegenseitigen Verträgen dem Austauschzweck mehr, wenn kein Teil etwas erhält, als wenn einer die ihm gebührende Leistung unentgeltlich erhält. Grundsätzliche Bedenken sind deshalb mit der überwiegenden Lehre gegen die Zulassung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Unterlassungspflichten nicht zu erheben. Vgl. Staudinger, § 320, Anm. 2b, dd; Planck, § 320, Anm. 1a; § 273, Anm. 2a; Oertmann, § 273, Anm. 4a; v. Tuhr, S. 464, Anm. 44.

[26]) Planck, § 320, Anm. 1a, 3b; Windscheid-Kipp, S. 323; Oertmann, § 320, Anm. 4; Staub-Heinichen, vor § 373, Anm. 77; RG 54/123 ff.; RG im „Recht" 1909, Z. 3738.

[27]) So auch Windscheid-Kipp, a.a.O.

[28]) Nach RG 56/251 f. sollen die Einwilligung in die Löschung einer auf Grund des § 648 BGB erwirkten Hypothekenvormerkung und die vom Kläger eingeklagte Werklohnforderung, auf Grund deren die Vormerkung eingetragen ist, im Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne des § 320 BGB stehen; jedenfalls müsse man aber § 320 BGB hier entsprechend anwenden, so daß die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der Werklohnforderung von der Einwilligung in die Löschung der Vormerkung abhängig zu machen sei. Dem wird man sich nach den obigen Ausführungen

Auf die sehr umstrittene Frage, ob und inwieweit die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff. BGB über den gegenseitigen Vertrag auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden, kann hier nicht näher eingegangen werden[29]). Schließt man sich der herrschenden Ansicht, nach der auf den Gesellschaftsvertrag als gegenseitigen Vertrag grundsätzlich die §§ 320 ff. BGB anwendbar sind, an, so ist auch hier für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur insoweit Raum, als es sich um Leistungen handelt, auf deren Austausch der Gesellschaftsvertrag gerichtet ist. In dem durch die Einrede des § 320 BGB zu wahrenden Abhängigkeitsverhältnis stehen nur diejenigen Leistungen, die unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag oder eine nachträgliche Vertragsänderung begründet sind[30]), und die der Erreichung des Gesellschaftszweckes dienen, also hauptsächlich die Beitragsleistungen der Gesellschafter. Nicht dazu gehören die sich aus der Geschäftsführung des einzelnen Gesellschafters gegenüber den anderen ergebenden Leistungspflichten, z. B. die Verpflichtung zur Rechnungslegung oder zur Herausgabe der durch die Geschäftsführung erlangten Gegenstände, ebensowenig wie die Verpflichtung zur Auszahlung des erzielten Gesellschaftsgewinnes an die Gesellschafter[31]).

2. Die Erörterung der Frage, ob grundsätzlich die Nichterfüllung jeder der beiderseitigen Leistungspflichten zur Grundlage der Einrede des nicht erfüllten Vertrages werden kann, hat bei den Verträgen zu Zweifeln geführt, die während längerer Dauer in einzelnen Abschnitten erfüllt werden, so z. B. bei Miet-, Pacht- und Dienstverträgen und vor allem bei Sukzessivlieferungsverträgen. Hierbei kann es nämlich fraglich erscheinen, ob der Beklagte die Einrede auch darauf stützen darf, daß der Kläger mit einer früheren Rate als gerade der, für die er jetzt die Gegenleistung verlangt, im Rückstand ist. Man hat eingewandt, daß die Einrede des § 320 BGB auf dem Gedanken der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung beruhe, und daß dieses enge Abhängigkeitsverhältnis streng genommen nur

---

und der von dem Reichsgericht selbst in einer späteren Entscheidung in Seuff. Arch. 65/440 vertretenen Ansicht schwerlich anschließen können. Vgl. dazu auch Planck, § 320, Anm. 4b.

[29]) vgl. hierzu Oertmann, § 705, Anm. 4; Planck vor § 705, Anm. IV; Schmidt, Lb., S. 257; RG 78/305, 100/3; JW 1911/808; Gruch. Beitr. 56/1126.

[30]) Vierneusel, S. 25, zählt deshalb auch mit Recht etwaige Nachschüsse der Gesellschafter zu den hier im Austauschzusammenhang stehenden Leistungen.

[31]) RG in Gruch. Beitr. 56/1126; vgl. weitere Angaben bei Vierneusel, S. 26 f., insbesondere Anm. 95.

zwischen einander entsprechenden Raten bestehe. Doch hat sich die herrschende Meinung mit dem Reichsgericht für die Gewährung des Leistungsverweigerungsrechtes auch in diesen Fällen erklärt[32]). Die Einheitlichkeit derartiger Verträge spricht für die weitere Auffassung; ihr widerstrebt es, Leistung und Gegenleistung in eine Vielheit zusammenhangloser Vertragsabschnitte zu zerlegen. Die Nichtleistung einer früheren Rate durch den Kläger bedeutet eine Verletzung des gleichen Vertrages, auf dem auch die vom Beklagten verlangte Leistung beruht, deshalb muß diesem nach dem Zweck des § 320 BGB billigerweise das Recht zugestanden werden, die von ihm geforderte Leistung solange zurückzuhalten, bis die Vertragsverletzung des Klägers wieder gutgemacht wird. Hinzu kommt, daß sich nicht immer die einzelnen abschnittsweise gegenüberstehenden Teilleistungen in ihrem Werte entsprechen werden, sondern oft nur die beiderseitigen Gesamtleistungen; dann ist aber eine Beschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf die sich jeweils zeitlich gegenüberstehenden Posten noch weniger geboten.[33])

Aus den gleichen Gründen wird man dem Beklagten das Recht geben müssen, wegen der jetzigen Säumnis des Klägers seine Leistungen auch für die früheren voll erfüllten Teile der Gegenleistung zu verweigern.[34]) Unbilligkeiten sind in diesen Fällen leicht durch eine Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechtes auf Grund des § 320, II BGB zu vermeiden.[35])

---

[32]) Oertmann, § 320, Anm. 4; Staudinger, § 320, Anm. I, 2cc; Warneyer, § 320, Anm. IV; Müller in Gruch. Beitr. 50/518; RG 68/22 gegen 61/128; 88/255; 120/196; LZ 1914/284; JW 1906/333.

[33]) Hueck, S. 165 f.

[34]) Oertmann, § 320, Anm. 4; RG 68/22; 120/196; RG i. LZ 1914/284.

[35]) Beim Dienstvertrag will Oertmann, a.a.O., im Anschluß an Sinzheimer, S. 64, wegen „der hier anzunehmenden wirtschaftlichen und sinngemäß auch wohl rechtlichen relativen Selbständigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten für die einzelnen Lohnzahlungsperioden" eine Ausnahme machen. Dazu besteht jedoch m. E. keine Veranlassung. Die Selbständigkeit der einzelnen Vertragsabschnitte des Dienstvertrages scheint mir nicht größer zu sein als beim Mietvertrag oder bei einem Sukzessivlieferungsvertrag, dessen einzelne Raten einander in ihrem Werte entsprechen.

Ist der Dienstberechtigte mit einem Lohnposten im Rückstand, so ist dem Dienstverpflichteten das Recht zuzubilligen, auch ohne daß die besonderen Voraussetzungen des § 321 BGB vorzuliegen brauchen, weitere Dienstleistungen schon auf Grund des § 320 BGB bis zur Zahlung des rückständigen Lohnes zu verweigern; dafür auch Oertmann selbst zu § 614, Anm. 1a im Anschluß an Krahmer, S. 89. Bedenklich könnte es lediglich erscheinen, wenn man auch dem auf den rückständigen Lohn in Anspruch genommenen Arbeitgeber wegen der Verweigerung der weiteren Dienstleistungen durch den Arbeitnehmer die Einrede des § 320 BGB gewähren wollte. Nach den obigen Ausführungen müßte man dies an sich zulassen. In solchen Fällen muß jedoch stets der Grundsatz des § 320, II BGB be-

3. Es bleibt schließlich noch zu prüfen, ob auch die nach Vertragsschluß durch vertragswidriges Verhalten einer Partei begründeten Leistungspflichten zu dem Kreis der nach § 320 BGB voneinander abhängigen Vertragspflichten gehören.

Hierbei wird zunächst die Frage wichtig, ob die Nichterfüllung des aus § 286 BGB geschuldeten Verzugsschadens durch den Schuldner den auf Erfüllung der Gegenleistung in Anspruch genommenen Gläubiger zur Geltendmachung der Einrede berechtigt. Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen, wenn man sich vor Augen hält, daß der Ersatz des Verzugsschadens nach § 286 BGB lediglich einen Ausgleich für die durch den Verzug des Schuldners verursachte Wertminderung der dem Gläubiger nach dem Vertrage gebührenden Leistung darstellt, so daß nunmehr die ursprünglich geschuldete Leistung und das Verspätungsinteresse zusammen als Entgelt der Gegenleistung erscheinen. Deshalb begründet auch die Nichterfüllung des Verzugsschadens nach § 320 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht für den Gläubiger;[36]) ebenso wie umgekehrt der in Verzug befindliche Schuldner die von ihm geforderte Ersatzleistung solange zurückhalten kann, bis die noch ausstehende Gegenleistung des Gläubigers erbracht wird.[37])

Dagegen begründet die Nichterfüllung des Schadensersatzanspruches wegen Schlechterfüllung (sogenannte positive Vertragsverletzung) kein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB für den Berechtigten.

Die Schadensersatzleistung, die dem Gläubiger wegen Ansteckung seines Viehbestandes durch ein krankes vom Schuldner geliefertes Tier oder wegen der Beschädigung seines Eigentums oder seiner Person infolge fahrlässiger Ausführung einer Arbeit durch den Schuldner oder seine Gehilfen zusteht, die Entschädigung des Badegastes, der im Dampfbade infolge Undichtigkeit der Röhren Verbrennungen erleidet,[38]) durch den

achtet werden, dessen Anwendung hier regelmäßig zu einer Versagung der Einrede für den Dienstberechtigten führen wird.

[36]) RG in „Recht" 1916, Z. 2067; RGRKomm. § 320, Anm. 3, § 286, Anm. 2.

[37]) Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB verlangt. Folgt man der insbesondere in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vertretenen Differenztheorie (vgl. oben Anm. 6 d. Arb.), so bleibt für die Anwendung des § 320 BGB kein Raum, da hier die Leistungspflicht des Gläubigers erlischt. Schließt man sich dagegen der sogenannten Austauschtheorie an, so bleibt den Parteien die Einrede des § 320 BGB; an die Stelle der ursprünglichen Vertragsleistung tritt der Ersatz des Schadens, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung s e i n e r Forderung erwächst, vgl. Enneccerus-Lehmann, § 53, IV, 1, S. 205; Schmidt, LB, S. 169.

[38]) DJZ, 1902/435.

Anstaltsbesitzer oder die Ersatzleistungen des Vermieters, der die Anbringung der zur Abwendung von Einbrüchen nötigen Sicherheitsschlösser unterlassen hat, an den durch Diebstahl geschädigten Mieter dienen nicht der Erfüllung eines Teiles des dem Berechtigten als Entgelt seiner Leistungen gegebenen Leistungsversprechens des Verpflichteten, sie beruhen vielmehr auf der Nichterfüllung solcher Vertragspflichten, die neben den im gegenseitigen Austausch begründeten Leistungspflichten entstanden sind, ohne auf deren Höhe und Umfang bei Vertragsschluß Einfluß gehabt zu haben.[39]) Hatten diese „Nebenverpflichtungen" aber schon bei Abschluß des Vertrages keinen Einfluß auf die Vertragspflichten des Gegners, so können sie ihn auch nicht später durch die Einrede des § 320 BGB erlangen.[40])

§ 3:

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei quantitativer oder qualitativer Unvollständigkeit der Gegenleistung.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages kann, wie bereits einleitend im § 1 ausgeführt ist, nicht nur darauf gestützt werden, daß der fordernde Teil noch nichts geleistet hat, sondern auch darauf, daß die in Erfüllung seiner Vertragspflichten bewirkte Leistung ihrer Menge oder Beschaffenheit nach nicht der nach dem Vertrage geschuldeten Gegenleistung entspricht.

I. Hat der Kläger erst einen Teil der geschuldeten Menge geliefert, — es sind z. B. statt 400 nur 300 Zentner Ware geliefert, von dem geschuldeten Abtransport von 100 Fuhren Schutt sind erst 90 vollzogen, es fehlt das Futteral des gekauften optischen Instrumentes, eine zum Weiterversand der Ware geeignete Verpackung, der in Verzug befindliche Schuld-

[39]) Weitaus die meisten sogenannten positiven Vertragsverletzungen sind Verstöße gegen Nebenverpflichtungen zur Anzeige oder zur Erhaltung; vgl. Planck, Vorb. I, 3b, §§ 275 ff. und dort Zitierte; Oertmann, § 280, Anm. III, S. 180 f.

[40]) RGRKomm. zu § 320, Anm. 3 will anscheinend auch hier die Einrede zulassen, weil zur vollen Befriedigung des Gläubigers auch der Ersatz des ihm durch das vertragswidrige Verhalten des Schuldners begründeten Schadens gehöre. Dabei ist jedoch nicht beachtet, daß nicht jede der Befriedigung des Gläubigers dienende Leistung des Schuldners Gegenstand des Einrederechts ist, sondern daß nur die im Austauschzusammenhang stehenden Leistungen nach § 320 BGB von einander abhängig gemacht werden können.

ner hat die Verzugszinsen noch nicht gezahlt usw. — so liegen ohne weiteres die Voraussetzungen des § 320, I BGB vor, der Beklagte kann also seine Leistung bis zur Ergänzung der Gegenleistung verweigern, soweit nicht der Grundsatz des § 320, II BGB Anwendung findet.[41])

Eine Besonderheit ist für den Handelskauf zu beachten. Verabsäumt der Käufer die nach den §§ 377, 378 HGB erforderliche Mängelrüge, wenn weniger als die bedungene Warenmenge geliefert ist, so muß er sich so behandeln lassen, als ob der Verkäufer vollständig geleistet hätte; der Käufer verliert deshalb mit dem Anspruch auf Nachlieferung zugleich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wegen Ausbleibens der Restleistung.[42])

II. Die schon in den Motiven vertretene Ansicht,[43]) daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach Sinn und Wortlaut des § 320 BGB sowohl bei quantitativer als auch bei qualitativer Unvollständigkeit der dem Beklagten geschuldeten Gegenleistung gegeben ist, kann heute kaum noch als streitig bezeichnet werden.[44]) Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum beispielsweise der Besteller einer Maschine die Zahlung des Werklohnes nicht ebenso wie bei unvollständiger Leistung gemäß § 320 auch wegen eines Fehlers verweigern dürfe, dessen Beseitigung er auf Grund des § 633 BGB verlangen kann, also z. B. wegen schlechten Schutzanstriches der Maschinenteile oder wegen ungenauer Einstellung der Meß- oder Kontollapparate.

Jedoch ergeben sich hier aus einem anderen Grunde Schwierigkeiten bei der Geltendmachung der Einrede des § 320 BGB. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, durch die der Gegner zur Vervollständigung seiner Leistung gezwungen werden soll, setzt voraus, daß der Beklagte die Ergänzung der unvollständigen Gegenleistung fordern kann.[45]) Der Beklagte kann deshalb bei Mängeln der Gegenleistung die von ihm geschuldete

---

[41]) Dieses Recht wird dem Beklagten auch nicht dadurch genommen, daß er inzwischen seinen Anspruch auf den noch ausstehenden Teil der Gegenleistung an einen Dritten abgetreten hat; vgl. Oertmann, § 320, Anm. 8, b; RGRKomm. § 320, Anm. 2; RG 88/255 f.

[42]) Staub-Heinichen, § 378, Anm. 12.

[43]) Motive II, S. 202; Prot. I, S. 630; siehe auch Planck § 320, Anm. 3a; Oertmann, § 320, Anm. 8; RG 57/400.

[44]) A. A. früher Cosack (1. Aufl., S. 301), nicht mehr seit 5. Aufl. (7. Aufl., § 140, S. 357); Patuschka, S. 12; Schöller in Gruch. Beitr. 46/15, Anm. 16.

[45]) Planck, § 320, Anm. 3a; Oertmann, § 320, Anm. 8c.

Leistung gestützt auf das Verlangen[46]) nach gehöriger Erfüllung des Vertrages, nur dann verweigern, wenn der Kläger die Nachbesserung der mangelhaften Sache oder wenigstens, wenn auch ohne eine Verpflichtung zur Nachbesserung des Mangels, die Leistung einer mangelfreien Sache schuldet. Daß nur bei Bestehen einer derartigen Verpflichtung die Voraussetzungen des § 320 BGB vorliegen, kann als unstreitig angesehen werden, jedoch hat die Prüfung der Frage, wann der Gläubiger einen Erfüllungsanspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache und Nachbesserung der Mängel hat, zu vielen Zweifeln Anlaß gegeben.

1. Macht das Gesetz ausdrücklich, wie im § 633 BGB, die Herstellung eines fehlerlosen Werkes und die Beseitigung etwaiger Mängel zum Inhalt der Verpflichtung des Unternehmers, so kann der Besteller zweifellos die Abnahme des mangelhaften Werkes und gemäß § 320 BGB die Entrichtung der versprochenen Vergütung verweigern. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages steht ihm auch dann noch zu, wenn er die mangelhafte Leistung als Erfüllung angenommen hat. Durch die Abnahme der fehlerhaften Sache verliert der Besteller richtiger Ansicht nach zwar regelmäßig den Anspruch auf Neuherstellung des Werkes, weiterhin trifft ihn nunmehr gemäß § 363 BGB die Beweislast für das Vorhandensein der Mängel, jedoch verbleibt ihm im Rahmen der §§ 633, 634 BGB der Anspruch auf Mängelbeseitigung und damit bis zur Erfüllung dieser Verpflichtung die Einrede des § 320 BGB.[47])

2. Sehr viel schwieriger ist die Entscheidung der Frage, ob auch beim Kaufvertrag die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auf das Vorliegen von Mängeln der angebotenen oder übergebenen Sache gestützt werden kann.

Während das Gesetz im § 440 BGB die Verpflichtung des Verkäufers, die Sache frei von Rechten zu verschaffen, die

---

[46]) Erklärt der Gläubiger, daß er die Beseitigung des Mangels ablehne, so ist für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages kein Raum. Nach Ablehnung der Nachbesserung ist der Gläubiger auf die Rechte beschränkt, die eine endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses herbeiführen, also auf die Gewährleistungsansprüche und die entsprechenden Einreden; er kann jetzt aber nicht mehr im Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten die Einrede des § 320 BGB geltend machen, die ihre Grundlage in dem Anspruch auf Erfüllung der nach dem Vertrage geschuldeten Gegenleistung findet; vgl. Planck, Vorb. § 633, Anm. 4b; Oertmann, § 633, Anm. 2b; RG 58/176, 69/383.

[47]) Oertmann, § 633, Anm. 2b; Enneccerus-Lehmann, § 148, I, S. 537; RG 107/344.

trotz der Eigentumsübertragung zum Nachteile des Käufers geltend gemacht werden können, ausdrücklich als Leistungspflicht kennzeichnet und dem Käufer bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung die Rechte der §§ 320 bis 327 BGB gibt, fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung in den Vorschriften der §§ 459 ff. BGB über die Gewährleistung wegen Sachmängel. Die Beantwortung der Frage, ob der Verkäufer die Lieferung von mangelfreier Ware schuldet, läßt sich daher nur aus der Erkenntnis des Wesens des Kaufvertrages und der Gewährleistungspflicht gewinnen; dabei ist mit Rücksicht auf die verschiedenartige gesetzliche Regelung der Gewährleistung wegen Sachmängel zwischen den einzelnen Arten der Kaufverträge zu unterscheiden.

a) Gattungskauf.

Daraus, daß der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gemäß § 480 BGB berechtigt ist, statt Wandlung oder Minderung die Nachlieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen, also auch nur eine solche als Erfüllung anzuerkennen braucht, folgert die herrschende Meinung mit Recht, daß der Verkäufer beim Gattungskauf zur Leistung einer fehlerlosen Sache verpflichtet ist.[48]) Kommt der Verkäufer dieser Verpflichtung nicht nach, so stehen dem Käufer, der die Nachlieferung eines fehlerlosen Stückes verlangt, alle Rechte wegen Nichterfüllung der ihm nach dem Vertrage geschuldeten Leistung, insbesondere also auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, zu.

Das kann aber, wie einschränkend zu bemerken ist, nur dann gelten, wenn der Käufer vonvornherein die Annahme der mangelhaften Sache ablehnt oder die bereits übergebene Ware

---

[48]) Die gegenteilige Ansicht von Schollmeyer in Jherings Jb. 49/99 ff., daß der Verkäufer nach § 243 BGB lediglich eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten habe, daß eine solche aber auch dann vorliegen könne, wenn sie Fehler im Sinne des § 459 BGB aufweise, läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn man die Eigenschaft „mittlerer Güte" aus einem Ausgleich der über das zu verlangende Maß hinausgehenden Vorzüge und Mängel der Sache gewinnen will, nicht aber, wenn man die Bestimmung des § 243 BGB dahin versteht, daß die Sache in keiner Beziehung unter mittlerer Güte sein dürfe. Allein diese Ansicht wird aber dem Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung gerecht; allein hiernach ist auch die Bestimmung des § 480 BGB verständlich, durch die dem Käufer (als ursprünglicher Vertragsanspruch, nicht als Gewährleistungsanspruch) der Anspruch auf „Leistung einer mangelfreien" Gattungssache gegeben wird. Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 113, I, S. 409, Anm. 3; Oertmann, § 480, Anm. 2a; RGRKomm. § 433, Anm. 8, I, a, § 480, Anm. 2; Wolff in Jherings JB 56/66 ff.; Krahmer, S. 110, 116; Süß, S. 94 ff.; RG 69/409.

wieder zurückgewährt.[49]) Denn der Gläubiger kann nach der richtig verstandenen Absicht des Gesetzes nur die Wahl zwischen den beiden Möglichkeiten haben, entweder das Geleistete nicht als vertragsgemäß zu behandeln, dann darf er es nicht annehmen oder muß es zurückgewähren, oder es als Leistung des Geschuldeten anzusehen, dann beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Gattungssache und nunmehr muß dasselbe gelten wie für den Stückkauf. Hierbei sind aber, wie im folgenden darzulegen ist, nach richtiger Ansicht die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff. BGB neben der Sonderreglung der §§ 459 ff. BGB grundsätzlich ausgeschlossen.

b) Stückkauf.

Die Frage, ob auch beim Stückkauf der Verkäufer zur Übergabe einer mangelfreien Sache verpflichtet ist, gehört zu den umstrittensten Problemen unseres Schuldrechts.

aa) Lobe führt im Kommentar der Reichsgerichtsräte aus,[50]) daß zwar an sich Leistungs- und Gewährleistungspflicht von einander zu unterscheiden seien, da aber die Leistungspflicht die Voraussetzung für die Gewährleistungspflicht sei, so müsse man zu dem Grundsatz kommen, „wofür der Verkäufer nach § 459 BGB haftet, das ist Inhalt seiner Leistungspflicht". Das Ergebnis dieser Auffassung, daß die verkaufte Sache „mangelfrei und zu dem ihrer Art nach dienlichen Genuß zufolge ihrer Beschaffenheit" geeignet sein müsse, entspreche auch durchaus der zu unterstellenden Parteiabsicht und dem Geschäftszweck. — Folgerichtig wird dem Käufer, dem eine mangelhafte Sache angeboten wird, das Recht gegeben, diese Leistung zurückzuweisen und gegenüber der Kaufpreisforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu erheben.[51]) Wollte man dem Käufer dieses Recht versagen, so stände er, wie vom Reichsgericht zur Begründung seiner Ansicht wiederholt betont worden ist, dem Angebot einer fehlerhaften Sache durch den Ver-

[49]) Oertmann, § 480, Anm. 2b; Schmidt, Lb, S. 209; Crome, § 169, I, 2b; S. 173; Dörge, S. 54.

Zu einer Beschränkung der Einrede gem. § 320 II BGB, weil der Verkäufer durch die Lieferung einer mangelhaften Gattungssache bereits „teilweise geleistet" habe, kann es nach der hier vertretenen Ansicht niemals kommen.

[50]) RGRKomm. § 433, Anm. 8, Ia; § 459, Anm. 2.

[51]) RGRKomm. a.a.O.; RG 53/74, 66/279 ff.; RG in JW 1912/461; 1915/1003. So auch Staub-Heinichen, Anh. zu § 374, Anm. 42; Staudinger, § 440, Anm. I B, 3a γ; Endemann, I, § 161, 3, Anm. 31 (S. 992); Emerich, S. 68 ff.; Cosack, I, § 188, X, 1a, S. 524 mit dem ausdrücklichen Bemerken, daß dieser Satz im Gesetz allerdings kaum angedeutet sei.

käufer schutzlos gegenüber, da die Gewährleistungsansprüche im allgemeinen erst nach dem Gefahrübergang, in der Regel also nach der Übergabe, geltend gemacht werden könnten.[52])

Selbst wenn man in dieser Weise eine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung einer fehlerlosen Sache anerkennt, fragt es sich doch, ob das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB auch noch n a c h der Annahme des mangelhaften Gegenstandes durch den Käufer neben den Ansprüchen aus den §§ 459 ff. BGB geltend gemacht werden kann.

L o b e [53]) bejaht diese Frage, da § 363 BGB dem Gläubiger die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch nach der Annahme als Erfüllung vorbehalte und nicht anzunehmen sei, daß die Gewährleistungsansprüche insoweit ausschließlich die Beziehungen der Parteien regeln sollten.

Demgegenüber lehnen die meisten Anhänger[54]) der von Lobe über das Wesen der Sachmängelhaftung vertretenen Ansicht die Anwendung des § 320 BGB n a c h Annahme der mangelhaften Sache ab, weil sonst die einschränkende Bestimmung des § 477 BGB über die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche beseitigt und eine Wandlung mit Hilfe der Grundsätze über den Schuldnervertrag (§ 326 BGB) herbeigeführt werden könnte.[55])

bb) Die im Vordringen befindliche, heute bereits überwiegende Lehre[56]) verneint jedoch beim Stückkauf eine Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung einer fehlerlosen Ware. Dieser Ansicht ist der Vorzug zu geben, denn sie allein wird der gesetzlichen Regelung der Gewährleistungspflicht in den

---

[52]) RGRKomm. § 320, Anm. 7; § 459, Anm. B, Ib; JW 1905/230, 1912/461.

Ausnahmsweise gewährt das Reichsgericht dem Käufer die Rechte aus den §§ 459 ff. BGB vor der Übergabe, wenn nachweislich der Mangel bis zur Übergabe nicht behoben werden kann, oder der Verkäufer bestimmt und endgültig die Beseitigung des Mangels abgelehnt hat; vgl. dazu RGRKomm. a.a.O., u. die dort zit. Entscheidg.

[53]) RGRKomm. § 459, Anm. 7, B, a.

[54]) Staub-Heinichen, Vorbem. § 373, Anm. 77a, Anh. zu § 374, Anm. 42; Emerich, S. 69; Staudinger, § 440, I, B, 3, a, γ.

[55]) Der Reichsgerichtsrätekommentar läßt auch den Rücktritt des Käufers nach § 326 BGB ausdrücklich neben der Wandlung zu, § 459, Anm. 7, B, a.

[56]) Oertmann, § 433, Anm. 2, a, δ, ferner im „Recht" 1908/345 ff.; 1909, S. 617 ff.; Planck, § 462, Anm. 7e; Schmidt, Lb, S. 206; Gk, S. 111 ff.; Enneccerus-Lehmann, § 108, II, 2, S. 390, § 112, I, 1, S. 404; Schollmeyer in Jherings Jb 49/97 ff.; Wolff in Jherings Jb 56/2 ff.; Haymann, S. 17 ff., 38; Crome, § 169, I, 2b; Krahmer, S. 109 ff.; Goldmann-Lilienthal, § 135, 1, S. 495; RG 66/333 im Gegensatz zu den Entscheidungen der Anm. 51 d. Arb.; Süß, S. 50 ff.; Leonhard, Lb I, S. 343, 499; II, S. 77 ff.

§§ 459 ff. BGB gerecht und führt in ihrer Anwendung zu befriedigenden Ergebnissen.

Weder die geschichtliche Entwicklung[57]) noch sachliche Gründe rechtfertigen den Satz, von dem Lobe zur Begründung seiner Ansicht ausgeht, daß die Gewährleistungspflicht eine entsprechende Leistungspflicht bedinge. Zu dieser Auffassung kann man nur dann gelangen, wenn man dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag einen bestimmten Inhalt unterstellt, nämlich den, daß die verkaufte Sache nach dem übereinstimmenden Parteiwillen fehlerfrei zu übergeben ist. Eine solche Unterstellung ist aber unzulässig. Haben die Vertragschließenden eine Nachbesserungspflicht des Verkäufers nicht vereinbart, ergibt sich eine solche Verpflichtung auch nicht aus einer in den Vertrag aufgenommenen Zusicherung über die Freiheit von Mängeln,[58]) so ist aus ihren Erklärungen entsprechend der Bestimmung des § 433 BGB lediglich der Verpflichtungswille des Verkäufers zur Übergabe und Übereignung der bestimmten den Gegenstand des Vertrages bildenden Sache zu entnehmen. Es mag sein, daß bei Vertragsschluß sowohl der Käufer als auch der Verkäufer von der Vorstellung ausgingen, daß die verkaufte Sache den gewöhnlich im Verkehr gehegten Erwartungen und Ansprüchen entspreche, daraus allein ist aber nicht zu folgern, daß die Parteien, falls sich diese Vorstellung später als unrichtig erweisen sollte, auch eine Verpflichtung zur Lieferung einer m a n g e l b e f r e i t e n Sache und damit zugleich eine Nachbesserungspflicht des Verkäufers begründen wollten. — Stellt sich heraus, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, so gibt das Gesetz dem Käufer durch die ädilizischen Ansprüche die nötigen Mittel, wenn er seine Leistung ganz oder teilweise verweigern oder zurückerlangen will. Diese Ansprüche finden ihre Grundlage in der Berücksichtigung der Billigkeit und wichtiger Verkehrsinteressen,[59]) sie setzen aber keineswegs eine

---

[57]) Krahmer, S. 111 f.
Die ädizische Haftung kann nicht als eine Erweiterung der kontraktlichen Haftung angesehen werden, zu der die Ädilen gar nicht in der Lage waren, sondern sie erscheint als eine Strafe der Außerachtlassung des ädilizischen Gebotes, daß beim Verkauf gewisse Mängel anzugeben seien; vgl. auch Leonhard, Lb I, S. 499. Vgl. auch die interessanten Ausführungen bei Wolff, a.a.O., S. 2 ff. über die Bedeutung des Wortes „Gewährleistung"; ähnlich Leonhard, Lb II, S. 78.

[58]) vgl. darüber unten II, c der Arbeit (§ 3).

[59]) Der innere Grund des Gewährschaftsrechts ist sehr umstritten; vgl.

Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung fehlerfreier Sachen voraus.

Allein diese Auffassung wird auch der gesetzlichen Regelung der Gewährleistung wegen Sachmängel im besonderen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse gerecht. — Der im § 459 BGB verwandte Ausdruck: „Der Verkäufer ... haftet ..." ist farblos und läßt beide Ansichten zu[60]). Für die hier vertretene Ansicht spricht aber entscheidend der Umstand, daß sich aus den Bestimmungen über die Gewährleistung wegen Sachmängel, wie auch von den Gegnern nicht bestritten wird[61]), im Gegensatz zum Werkvertrag eine Verpflichtung des Verkäufers zur Beseitigung der Mängel nicht herleiten läßt. Das Fehlen dieses Anspruchs erschiene völlig unverständlich, wenn man die Leistungspflicht des Verkäufers auf die Freiheit von Mängeln ausdehnen und in der Übergabe einer mangelhaften Sache eine teilweise Nichterfüllung des Vertrages sehen wollte.[62])[63])

cc) Der Verkäufer erfüllt also beim Stückkauf die ihm obliegende Verpflichtung bereits dann, wenn er die Kaufsache in dem Zustand übergibt, in dem sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befand. Daraus folgt, daß der Käufer nach Übergabe der Ware gegenüber der Kaufpreisforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die stets einen noch nicht erfüllten

---

die ausführlichen Darlegungen bei Süß, S. 122—211.

Die Ansicht von Süß, S. 209—211, daß bei einem Mangel der Kaufsache ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe, das bei dem Wesen des synallagmatischen Austauschvertrages dem Käufer nicht zugemutet werden könne und daß dieser deshalb auf Grund eines „wirksamen virtuellen Vorbehaltes" den Kaufvertrag modifizieren könne, findet ihre Grundlage letzthin in Billigkeitserwägungen.

Nach den Motiven, II, S. 224 beruhen die Gewährleistungsansprüche auf der Berücksichtigung wichtiger Verkehrsinteressen.

[60]) Oertmann, § 433, Anm. 2a, δ, $\beta\beta$.

[61]) Abweichend nur Staub-Heinichen, Anh. zu § 374, Anm. 42.

[62]) Vgl. dazu die in Anm. 56 d. Arb. Zitierten. Über den historischen und wirtschaftlichen Grund des Fehlens einer Nachbesserungspflicht beim Kaufvertrage vgl. Süß, S. 59.

[63]) Das weitere Argument Oertmanns (§ 433, Anm. 2, a, δ $\beta\beta$) für seine Ansicht, daß die Beschränkung der Schadensersatzpflicht des Verkäufers im § 463 BGB auf einen geringen Teil der Haftungsfälle des § 459 BGB eine höchst seltsame Anomalie bedeutete, wenn die Lieferung einer mangelhaften Ware teilweise Nichterfüllung darstellte, ist nicht stichhaltig. Denn mit Recht wird heute in Rechtsprechung und Rechtslehre überwiegend § 463 BGB ausgedehnt und dem Käufer nicht nur bei Arglist, sondern auch bei bloßem Verschulden des eine fehlerhafte Sache liefernden Verkäufers ein Schadensersatzanspruch zugebilligt, der seine Grundlage in der Verletzung der Sorgfalts-, Obhuts- und Anzeigepflichten findet, die jeden Vertragsschuldner treffen. Vgl. Ennecc.-Lehmann, § 112, I, 3, S. 405, s. a. Oertmann, § 463, Anm. 9.

Gegenanspruch voraussetzt, nicht darauf stützen kann, daß die Sache Mängel aufweise und deshalb nicht der nach dem Vertrage geschuldeten Gegenleistung entspreche.[64])

Weiterhin ergibt sich aus der hier vertretenen Auffassung, daß der Käufer nicht, ohne in Verzug zu geraten, die An- und Abnahme einer mangelhaften Sache und die Zahlung des Kaufpreises mit der Begründung ablehnen darf, daß der Verkäufer durch ein derartiges Angebot seiner Leistungspflicht nicht genüge. Gerade auf diese Folgerung haben, wie bereits oben zu 2 b, aa erwähnt, die Gegner häufig hingewiesen, da nach unserer Ansicht der Käufer offenbar gegenüber dem Angebot einer fehlerhaften Sache schutzlos bleibe. Das ist jedoch nicht der Fall.

Die Gegenmeinung geht davon aus, daß nach § 459 BGB die Gewährschaftshaftung des Verkäufers erst mit dem Zeitpunkt des Überganges der Gefahr auf den Käufer entstehe, vorher also eine Wandlungseinrede gegenüber dem Anerbieten einer mangelhaften Sache nicht gegeben sei[65]). Dagegen betont man[66]) mit Recht, daß in § 459 BGB mit der Festsetzung des Zeitpunktes, wann die Sache von den durch den Verkäufer zu vertretenden Mängeln frei sein müsse, keineswegs gesagt sei, daß erst jetzt die Verpflichtung zur Gewährleistung zur Entstehung gelange. Diese ist vielmehr ebenso wie die übrigen Vertragspflichten bereits mit Vertragsschluß entstanden,[67]) sie kann sich aber entsprechend dem Interesse des Käufers naturgemäß nur auf die Fehler erstrecken, die dann, wenn er Wert und Nutzung der Ware erlangt, also regelmäßig bei Gefahrübergang, vorhanden sind. Das allein ist der Sinn der Bestimmung des § 459 BGB, die demnach nicht ausschließt, daß der Käufer, der die Mängel der ihm angebotenen Sache erkennt, von seinem Wandlungsrecht Gebrauch macht und ihre Annahme sowie die Zahlung des Kaufpreises ablehnt[68]).

Das Ergebnis unserer Auffassung, daß der Käufer auf die ädilizischen Ansprüche und Einreden beschränkt ist, diese aber schon vor der Übergabe geltend machen kann, wird dem Wesen des Kaufvertrages und dem Zweck der Sonderregelung der Ge-

---

[64]) Oertmann, § 320, Anm. 8c; Planck, § 320, Anm. 3a; Süß, S. 75, 238 u. a.

[65]) s. oben, Anm. 52 d. Arb.

[66]) Schollmeyer in Jherings Jb 49/95 ff.; Hueck, S. 152; Oertmann, § 459, Anm. 3, § 433, Anm. 2a δ u. dort Zitierte.

[67]) Crome, S. 459, Anm. 2.

[68]) Auch das Reichsgericht hält, wie schon in Anm. 52 d. Arb. hervorgehoben ist, nicht mehr an seiner Ansicht fest, sondern läßt u. U. die Gewährleistungsansprüche auch schon vor der Übergabe zu.

währleistung wegen Sachmängel gerecht, denn sie schließt die Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus, die zu einer für den Verkäufer im Geschäftsverkehr untragbaren Verzögerung der Abwicklung der Verträge führen würde und die, wenigstens bei allen heilbaren Mängeln, dem Verkäufer eine Pflicht zur Nachbesserung aufbürden würde, die das Gesetz im Gegensatz zum Werkvertrag beim Kauf nicht kennt.

dd) Den vorhergehenden Ausführungen lag der Regelfall zugrunde, daß die vom Käufer gerügten Sachmängel bereits bei Vertragsschluß vorhanden waren. Es bleibt zu prüfen, ob das Gleiche auch wegen später entstandener Fehler zu gelten hat.

Darüber kann kein Zweifel bestehen, daß nach § 459 BGB die Gewährleistungsansprüche des Käufers auch bezüglich der nach Abschluß des Vertrages bis zum Gefahrübergang zur Entstehung gelangten Mängel gegeben sind[69]); es fragt sich aber, ob daneben nicht die Voraussetzungen der auf den §§ 320 ff. BGB beruhenden Ansprüche und Einreden vorliegen können.

Wenn auch der Verkäufer nach richtiger Ansicht nicht zur Lieferung einer mangelbefreiten Sache gehalten ist, so muß er jedoch nach Vertragschluß Änderungen von der Sache fernhalten, er ist damit zu ihrer sachgemäßen Aufbewahrung und Erhaltung verpflichtet.[70]) Demgemäß werden dem Käufer bei Verletzung dieser Vertragspflichten durch den Verkäufer neben den Gewährleistungsansprüchen die sich aus den allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung ergebenden Rechte gewährt.[71])

Der Käufer kann also, falls der Mangel nach Vertragsschluß aus seiner schuldhaften Verletzung der dem Verkäufer obliegenden Obhutspflicht entstanden ist, bis zur Erfüllung des ihm nach den §§ 280, 325 BGB zustehenden Anspruchs auf Schadensersatz, der sich nach den §§ 249, 251 BGB auf Wiederherstellung oder Zahlung des dazu erforderlichen Geldbetrages richtet, seine Leistung mit der Einrede des nicht erfüllten Ver-

---

[69]) A. A. lediglich Haymann, S. 20 ff.; gegen ihn Schmidt, Lb, S. 207, Gk, S. 104; vgl. auch Süß, S. 53.

[70]) Schmidt, Gk, S. 111 ff.
Diese Auffassung ist der Formel von Schollmeyer, a.a.O., S. 105, u. Staub-Heinichen, § 377, Anm. 56 b, daß der Verkäufer die Sache so, wie sie sich bei Vertragsschluß befand, zu leisten habe, vorzuziehen, denn bezüglich der ohne Verschulden des Verkäufers entstandenen Fehler ist eine Nachbesserungspflicht abzulehnen.

[71]) So auch Planck, § 462, Anm. 7c und dort Zitierte; Oertmann, Vorbem. § 459, Anm. 2d γ.

trages verweigern, soweit sich nicht nach Annahme der mangelhaften Sache aus § 320, II BGB etwas anderes ergibt[72]).

c) Kauf mit zugesicherten Eigenschaften.

Ob das für den Stückkauf Gesagte auch dann zu gelten hat, wenn der Verkäufer die Mängelfreiheit oder bestimmte Eigenschaften der Sache zugesichert hat, läßt sich nur nach dem besonderen Sinn der einzelnen Abrede entscheiden. Im Zweifel enthält eine derartige Zusicherung lediglich ein über die Haftung nach § 459 BGB hinausgehendes Garantieversprechen für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft oder die Abwesenheit von Mängeln bei Gefahrübergang, weil der Verkäufer regelmäßig auch in diesen Fällen keine Herstellungspflicht übernehmen will[73]). Jedoch kann natürlich eine solche auch beim Kaufvertrag von den Parteien begründet und die Lieferung einer mangelfreien Sache zum Bestandteil der Vertragspflicht des Verkäufers erhoben sein. Ist dies aus den Erklärungen der Vertragsschließenden zu entnehmen, so ist dem Käufer bis zur Lieferung einer der Zusicherung entsprechenden Ware die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegeben, anderenfalls jedoch nicht.

3. Beim Mietvertrag hat der Vermieter die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten (§ 536 BGB). Der Mieter hat also einen Anspruch auf Überlassung einer zu dem Vertragszweck geeigneten und insoweit fehlerfreien Sache; ist die fehlerhafte Mietsache bereits übergeben oder entsteht nach der Übergabe ein Fehler, so kann er verlangen, daß der vertragsmäßige Zustand hergestellt, der den vertragsmäßigen Gebrauch hindernde Fehler beseitigt wird. Solange der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, hat er die ihm nach dem Vertrage dem Mieter gegenüber obliegende Gegenleistung nicht bewirkt, die Voraussetzungen der Einrede des

---

[72]) Schmidt, Gk, S. 111, 130.
Dagegen stehen dem Käufer, falls der Mangel durch Zufall entstanden ist, nur die ädilizischen Ansprüche zu; ist die Beschädigung durch ein Verschulden des Käufers selbst hervorgerufen, so sind auch diese ausgeschlossen. Vgl. Oertmann, Vorbem. § 459, Anm. 2d γ; Schmidt, Gk, S. 126 und dort Anm. 22 Zitierte, 129.

[73]) Oertmann, § 433, Anm. 2a δ; Planck, § 459, Anm. 2a; Schollmeyer, a.a.O., S. 98.

nicht erfüllten Vertrages, die dem Mieter auch überwiegend gegeben wird[74]), liegen demnach vor.

Gegen die Gewährung der Einrede aus § 320 BGB wendet sich Oertmann[75]), indem er betont, daß für diese Einrede neben der Bestimmung des § 537 BGB, weil dadurch überholt, schwerlich Raum bleibe. Nun ist Oertmann allerdings zuzugeben, daß das vorläufige Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB, soweit es gegenüber der Mietzinsforderung für einen bereits abgelaufenen Zeitraum geltend gemacht wird, durch § 537 BGB überholt und seines Zweckes beraubt ist, da bei dem eigenartigen Charakter der Miete eine Nachleistung des Vermieters trotz seiner Erfüllungspflicht für die verflossene Mietzeit nicht möglich ist[76]).

Anders ist es aber in den Fällen, in denen der Mieter entgegen der Bestimmung des § 551 BGB den Mietzins nach dem Vertrage jeweils zu Beginn des neuen Mietabschnittes zu zahlen hat[77]). Hier hat die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die Zurückhaltung der fälligen Mietzinsrate für den beginnenden Monat, durch den Mieter gestützt auf das Verlangen nach Beseitigung des Mangels durchaus Sinn und Berechtigung; denn insoweit ist eine Erfüllung der Vermieterpflichten durch Beseitigung des die Tauglichkeit der Mietsache mindernden Fehlers möglich. Es ist nicht einzusehen, warum der Mieter, der nach § 536 BGB einen Erfüllungsanspruch auf Überlassung einer tauglichen und insoweit fehlerfreien Sache hat, diesen Anspruch nicht auf jede rechtlich zulässige Weise, also insbesondere auch gemäß § 320 BGB, durchsetzen kann.[78]) Da das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB dem Be-

---

[74]) Staudinger, § 536, Anm. A 2a, f; Warneyer, § 535, Anm. III; Mittelstein, S. 215 ff.; RG in JW 1906, S. 333.

[75]) Oertmann, Vorbem. 535, Anm. 4, b α; König, S. 40.

[76]) Die Einrede des § 320 setzt ihrer Natur nach voraus, daß die Leistung, deren Bewirkung der Einredeberechtigte erzwingen will, noch erfolgen kann; herrsch. Ans. siehe Oertmann, § 320, Anm. 9; Staudinger, § 320, Anm. 1b; Regelsberger in Jherings Jb. 40/259 ff.; RG in Warn. 1908, N. 611; 1917, N. 135; abweichend lediglich RG im „Recht", 1913, Z. 1266.

Das übersieht Grantz, S. 16, wenn er dem Mieter schlechthin beide Rechtsbehelfe nebeneinander gewährt; wie hier auch Süß, S. 104.

[77]) Eine derartige Vereinbarung, daß die Miete jeweils am ersten Tage des kommenden Monats oder Vierteljahres zu zahlen ist, kommt heute, insbesondere bei der Wohnungsmiete, oft vor. Sie begründet, wie das Reichsgericht in JW 1906, S. 333 mit Recht ausgeführt hat, keine Vorleistungspflicht für den Mieter, jedenfalls nicht gegenüber der Verpflichtung des Vermieters, die Mietsache zu Beginn der Mietzeit, des neuen Mietabschnittes, in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen.

[78]) Staudinger, § 536, a.a.O.; Grantz, S. 15; RG in JW 1906, S. 333.

rechtigten grundsätzlich im vollen Umfange zusteht, auch wenn bereits ein Teil der Gegenleistung erbracht ist, d. h. wenn der Mietwert der fehlerhaften Sache nur zum Teil gemindert ist, kann der Mieter regelmäßig den gesamten von ihm geforderten Mietzins zurückhalten. Damit ist ihm ein besonders wirksames Druckmittel gegenüber dem säumigen Vermieter zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Beseitigung des Mangels in die Hand gegeben. — Selbst wenn aber das Einrederecht des Mieters, etwa wegen Geringfügigkeit des Mangels, nach dem Grundsatz des § 320, II BGB Einschränkungen unterworfen ist, wird der Mieter stets noch einen größeren Teil des Mietzinses verweigern dürfen als auf Grund der nach § 537 BGB eintretenden Minderung. Deshalb ist die Einrede des § 320 BGB keineswegs neben der Bestimmung des § 537BGB ohne Bedeutung.[79])

4. Wollte man dem Dienstherrn bei mangelhafter Arbeitsleistung des Dienstverpflichteten die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages gewähren, so würde die Zahlung des Arbeitslohnes von der Güte der Arbeit abhängig gemacht. Das widerspräche aber dem Wesen des Dienstvertrages, bei dem im Gegensatz zum Werkvertrag der Erfolg, das Ergebnis der Arbeitsleistung, vom Entgeltverhältnis ausgeschlossen ist.[80])[81]) Die Anwendung des § 320 BGB wegen mangelhafter Leistung des Dienstverpflichteten ist deshalb beim Dienstvertrag auszuschließen.

§ 4:

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Parteienmehrheit.

Bei den bisherigen Ausführungen war angenommen, daß sich lediglich zwei Personen als Gläubiger und Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrage gegenüberstehen. Im folgenden sollen die Besonderheiten dargestellt werden, die sich daraus ergeben, daß Mehrere bei Abschluß des Vertrages beteiligt waren.

---

[79]) Da die Rechtsmängelhaftung des Vermieters in allen wesentlichen Punkten der Sachmängelhaftung gleich behandelt ist (§ 541 BGB), gilt für ihr Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften der §§ 320 ff. BGB das Gleiche wie in diesem Abschnitt oben ausgeführt.

[80]) Lotmar, II, S. 72 f.; ferner Oertmann, § 320, Anm. 8, c; OLG Karlsruhe in Entscheid. v. 8. 7. 1926 im Jahrb. d. D. R. 1928 zu § 320, Anm. 4.

[81]) Darauf, ob Arbeit oder Arbeitsergebnis versprochen sind, kommt es bei der Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag letzthin an, vgl. Oertmann, Vorb. § 611, 1b.

1. Dabei ist zunächst der Fall hervorzuheben, daß die Leistung des Beklagten an mehrere Personen zu erfolgen hat. Schulden diese die noch nicht oder erst teilweise bewirkte Gegenleistung als Gesamtschuldner, so versteht es sich von selbst, daß der Beklagte seine Leistung bis zur Bewirkung der vollen Gegenleistung durch den Kläger (oder seine Mitschuldner) verweigern darf; mag der Kläger als Gesamtgläubiger die volle oder als Teilgläubiger nur einen Teil der Leistung des Beklagten in Anspruch nehmen.

Das gleiche Recht steht dem Beklagten nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 320, I, 2 BGB auch für den Fall zu, daß er von dem Fordernden nur einen Teil der Gegenleistung zu erhalten hat. Wollte man hier dem Beklagten die Einrede nur bezüglich des vom Kläger geschuldeten Teiles gewähren, so würde er bei einer Gläubigermehrheit in unbilliger Weise zu einer Teilleistung gezwungen werden können, während er sonst nur gegen Bewirkung der gesamten Gegenleistung zu erfüllen hätte. Der Kläger muß deshalb nötigenfals, um der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu entgehen, über seine vertragliche Verpflichtung hinaus die seinen Vertragsgenossen obliegenden Teilleistungen erbringen.

2. Stehen dem Kläger mehrere Schuldner aus dem Vertrage gegenüber, so ist zu unterscheiden, ob diese als Gesamtgläubiger oder Gläubigergemeinschaft (§§ 432, 2039 BGB) vom Kläger die ganze Leistung oder als Teilgläubiger nur einen Teil der Gegenleistung zu beanspruchen haben.

a) Kann der Beklagte die ganze Leistung, sei es an sich, sei es an die Gläubigergemeinschaft, fordern, so darf er selbstverständlich die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der vollen Gegenleistung nach § 320 BGB zurückhalten.

b) Anders ist dagegen zu entscheiden, wenn der Beklagte lediglich einen Teil der vom Kläger geschuldeten Leistung zu erhalten hat. Verlangt der Kläger von einem der Schuldner den diesem allein obliegenden Teil der ganzen Leistung oder fordert er von einem Gesamtschuldner nur den Teil der Leistung, der dem Anteil dieses Schuldners an der Leistung des Klägers entspricht, so darf der Beklagte diese nicht deshalb verweigern, weil nur er und nicht auch seine Mitschuldner ihren Anteil an der Gegenleistung erhalten haben. Die Vorschrift des § 320, I, 2 BGB ist auf diesen Fall nicht analog anzuwenden. Bei der nur sehr lockeren Verbindung der zwischen

dem Gläubiger und den einzelnen Schuldnern bestehenden Beziehungen erschiene es ungerechtfertigt, wenn einer der Schuldner, unter Umständen gegen den Willen der übrigen Vertragschließenden, durch die Geltendmachung der Einrede die gleichzeitige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses erzwingen könnte[82]).

Verlangt der Gläubiger jedoch von einem der Gesamtschuldner die volle Leistung, so wird man diesem, selbst wenn er nach dem Vertrage nur einen Teil der Gegenleistung verlangen kann, das Recht zubilligen müssen, seine Leistung nach § 320 BGB von der gleichzeitigen Erfüllung der seinen Mitschuldnern zustehenden Anteile abhängig zu machen. Denn sonst erlangte der Gläubiger vertragswidrig Wert und Nutzung der ganzen Leistung, obwohl er selbst erst einen Teil der Gegenleistung erbracht hat[83]).

§ 5:

Die Beschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320, II BGB.

I. Die starre Durchführung des Grundsatzes, daß kein Teil seine Leistung zu bewirken braucht, bevor nicht die ihm gebührende Gegenleistung erbracht ist oder bereitgehalten wird, könnte zu unbilligen Härten für den Gegner führen, wenn dieser bereits einen Teil seiner Verpflichtung erfüllt hat. Das Gesetz bestimmt deshalb im § 320, II BGB:

> Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches enthielt in seinem dem heutigen § 320 BGB entsprechenden § 364 eine derartige Einschränkung noch nicht, allerdings wurde schon in den Motiven, Bd. II, S. 203, hervorgehoben, daß gegenüber der

---

[82]) Planck, § 320, Anm. 2; Enneccerus-Lehmann, § 33, I, S. 128; Staudinger, § 320, III; Warneyer, § 320, Anm. VII; Rehbein, S. 182; a. A. Schollmeyer, Komm. zu § 320, Anm. 2.

[83]) Planck, a.a.O.; Enneccerus-Lehmann, a.a.O.; Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Vorbem. § 343, Anm. 244, S. 193.

Einrede des nicht erfüllten Vertrages unter Umständen im „Hinblick auf die verhältnismäßige Geringfügigkeit des quantitativen oder qualitativen Mangels" eine replica doli zu gewähren sei. Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs[84]) war jedoch der Ansicht, daß es gegenüber der absoluten Fassung des § 364 erforderlich sei, die Möglichkeit einer solchen Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts im Gesetz zum Ausdruck zu bringen. Es wurde daher beschlossen, den § 364 dahin zu ergänzen, daß das Recht, die geforderte Leistung zu verweigern, falls nur ein verhältnismäßig unbedeutender Teil der Gegenseistung noch rückständig ist, auf einen entsprechenden Teil der Leistung beschränkt werden könne. Da man aber sogleich sah, daß damit noch keineswegs alle Unbilligkeiten zu vermeiden waren, wurde weiterhin vorgeschlagen,[85]) dem Gegner des die ganze Leistung zurückhaltenden Vertragsteiles das Recht zu geben, nach Maßgabe der Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht das von ihm Geleistete zurückzufordern.

In erneuter Beratung[86]) ließ die Kommission aber mit Recht diese wenig zweckmäßige Regelung zugunsten eines dem heutigen Absatz 2 des § 320 BGB entsprechenden Antrags fallen. Abgesehen davon, daß es viele Fälle gibt, in denen trotz eines verhältnismäßig bedeutenden Rückstandes der Gegenleistung die Verweigerung der vollen Leistung durch den Beklagten gegen Treu und Glauben verstieße, wäre es unbillig gewesen, den Einredeberechtigten nach den strengen Rücktrittsvorschriften auf Herausgabe des ihm vom Kläger geleisteten Teiles haften zu lassen.

Wenn auch bei der heutigen Fassung des § 320, II BGB die Entscheidung im einzelnen Streitfalle nicht unmittelbar aus dem Gesetz zu entnehmen ist und damit die Gefahr einer gewissen Rechtsunsicherheit besteht, so wird der Richter doch gerade an Hand eines derart beweglichen Rechtssatzes am besten jeweils einen gerechten Ausgleich der sich gegenüberstehenden Interessen finden können. Ob man zu dem gleichen Ergebnis allerdings nicht schon auf Grund des § 242 BGB hätte kommen müssen, oder ob wirklich mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz an anderen Stellen, wie z. B. in den §§ 459, I, 2, 498, II, 2, 542, II, 634, III BGB, besondere Ausnahmen für den Fall eines unbedeutenden Mangels bestimmt, ein argumentum

[84]) Prot. I, S. 630.
[85]) Prot. a.a.O.
[86]) Prot. I, S. 633 ff.

e contrario für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nahelag[87]), mag dahingestellt bleiben; jedenfalls entspricht § 320, II BGB völlig dem leitenden Grundsatz des § 242 BGB, ebenso wie er bereits als feststehender Satz des gemeinen, des Preußischen und des Handelsrechts gegolten hat[88]).

II. 1. Die Beschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320, II BGB setzt zunächst voraus, daß von der einen Seite teilweise geleistet worden ist, daß also der Einredeberechtigte bereits einen Teil der ihm nach dem Vertrage zustehenden Leistung empfangen hat[89]). Abgesehen von wenigen Ausnahmefällen, wie z. B. § 149 KO, Artikel 38 WO,[90]) ist zwar der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt, der Gläubiger demgemäß zu ihrer Annahme nicht verpflichtet, gleichwohl kommen Teillieferungen im Geschäftsverkehr, auch wenn sie nicht ausdrücklich nach dem Vertrage zugelassen sind, häufig vor, sei es, daß der Gläubiger von dem Zurückweisungsrecht des § 266 BGB keinen Gebrauch machen will, sei es, daß er die Unvollständigkeit der ihm angebotenen Leistung nicht erkennt.

Unter Umständen läßt nun die Annahme eines Teiles der Gegenleistung auf ein Einverständnis des Gläubigers in eine Teilung des Schuldverhältnisses schließen[91]). Ob dies zutrifft, ist nach Lage des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der

---

[87]) So Prot. I, S. 630.

[88]) Rehbein, S. 177, Z. 7; André, S. 137; Schneider, S. 152 f.; ROHG 21/204.

Die Bestimmung des Absatz 2 wird im übrigen auch auf andere Fälle des Zurückbehaltungsrechts entsprechend anzuwenden sein, wie in den §§ 273, 1000 u. a. BGB. Vgl. Oertmann, § 320, Anm. 8b; RG 61/133, 76/153.

[89]) Nach Adlers Ansicht (S. 5) scheint Absatz 2 zu bestimmen, daß die Leistungsverweigerung nie gegen Treu und Glauben verstößt, wenn die Gegenpartei mit der Leistung überhaupt noch nicht begonnen hat. Richtiger sei anzunehmen, daß das Gesetz hier a potiori spreche. — Adler bringt zwar selbst kein Beispiel für seine Ansicht, jedoch sind Ausnahmefälle denkbar, in denen die Einrede auf Grund des § 242 BGB ausgeschlossen ist, auch wenn der Kläger selbst noch nichts geleistet hat; das kann z. B. der Fall sein bei den Verträgen zweier in ständiger Geschäftsverbindung stehender Kaufleute. Dem Fabrikanten, der einem Zwischenhändler zu einem bestimmten Termin die Lieferung eines Warenpostens gegen sofortige Zahlung versprochen hat, wird man bei zufälliger vorübergehender Geldknappheit des Käufers zumuten können, einige Tage auf die Zahlung zu warten. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte der Verkäufer die Lieferung der Ware an dem vereinbarten Termin auf Grund des § 320 BGB verweigern. Der Sicherungszweck des § 320 BGB muß hier gegenüber der sich aus der ständigen Geschäftsverbindung nach Treu u. Glauben ergebenden Verpflichtung zu gegenseitiger Rücksichtnahme zurücktreten.

[90]) Vgl. ferner Staudinger zu § 266, Anm. 3.

[91]) Prot. I, S. 630; Schollmeyer, § 320, Anm. 3; Oertmann, § 320, Anm. 8a; Crome, I, S. 177.

Art des Leistungsgegenstandes und des Vertragszweckes zu beurteilen. Oft hat der Gläubiger bei Lieferung großer Mengen von Gattungssachen, beispielsweise bei Kohlen- oder Getreidekäufen, gar kein Interesse an sofortiger Leistung der Gesamtmenge; es wird ihm nur darauf ankommen, die Ware jeweils entsprechend seinem Bedarf zur Verfügung zu haben. In solchen Fällen, insbesondere bei größerem zeitlichen Zwischenraum zwischen den einzelnen Teilleistungen kann eine stillschweigende Einwilligung des Gläubigers in eine Zerlegung des Vertrages in kleinere Schuldverhältnisse vorliegen, daraus ergibt sich für ihn die Pflicht zu entsprechender Teilgegenleistung[92]). Hat dagegen der Gläubiger nach dem erkennbaren Vertragszweck oder mit Rücksicht auf die Art des geschuldeten Gegenstandes ein Interesse an sofortiger vollständiger Erfüllung des Vertrages oder an der Bewirkung der G e s a m t leistung zu dem festgesetzten Lieferungstermin, wie z. B. beim Kauf einer zu sofortigem Verbrauch bestimmten Warenmenge, bei Lieferung des Proviants für eine zur Abreise gerüstete Expedition oder beim Kauf eines Viergespannes, so kann aus der Annahme einer Teilleistung durch den Gläubiger niemals auf sein Einverständnis in eine Teilung des Vertrages geschlossen werden. Liegt aber ein solches nicht vor, so folgt allein aus der Empfangnahme eines Teiles der geschuldeten Leistung keineswegs eine Verpflichtung zur Teilgegenleistung.[93])

2. Da das Gesetz im § 320 BGB ebensowenig wie in den übrigen Vorschriften über Teilleistungen, Teilunmöglichkeit oder Teilnichtigkeit eine Erläuterung dafür gibt, was unter teilweiser, im Gegensatz zur ganzen Leistung zu verstehen ist, wird sich diese Frage nur aus dem Zweck der einzelnen Bestimmung beantworten lassen. Über den Zweck des § 320, II BGB können kaum Zweifel bestehen. Der Gläubiger soll dann, wenn nur noch ein Teil der ihm gebührenden Gegenleistung aussteht, insbesondere wenn das ihm Geleistete nur noch einer verhältnismäßig geringfügigen Ergänzung bedarf, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht dazu mißbrauchen können, um selbst vertragswidrig weiterhin im Genuß der vollen von ihm zu erbringenden Leistung zu bleiben[94]). Da nun die Vor-

---

[92]) Das Gleiche wird häufig dann anzunehmen sein, wenn dem Käufer wegen der Verzögerung der Restleistung eine Preisherabsetzung bewilligt wird, Eck, S. 300.

[93]) Vgl. unten, Abschnitt III.

[94]) Einer besonderen Replik des Klägers (replica doli) gegenüber der vom Bekl. vorgeschützten Einrede, wie sie von Einigen verlangt wird

schrift des § 320, II BGB keinen Unterschied unter den einzelnen Fällen der Ergänzungspflicht des klagenden Gläubigers macht, muß es gleichgültig sein, welcher Art diese Vervollständigung der bisherigen Leistung ist. Der Absatz II findet deshalb nicht nur Anwendung, wenn erst ein Teil mehrerer Leistungspflichten erfüllt ist, oder wenn noch ein Teil der geschuldeten Menge aussteht, sondern auch dann, wenn das Geleistete seiner Beschaffenheit nach nicht der Schuld entspricht, oder wenn der Kläger seiner Rechtsverschaffungspflicht nicht in vollem Umfange nachgekommen ist.

a) Daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages u. U. auch bei Mängeln der Gegenleistung der Einschränkung unterworfen sein soll, geht zwar schon aus den Motiven und Protokollen hervor[95]), gleichwohl ist dies nicht unbestritten. Im Anschluß an den vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „verhältnismäßige Geringfügigkeit des rückständigen Teils" wurde die Ansicht vertreten, daß unter teilweiser Leistung nur eine quantitativ unvollständige Leistung gemeint sein könne, denn im Rückstand könne man doch nur mit einem Teil der geschuldeten Menge, aber nicht mit Mängeln sein.[96]) Eine derartige Auslegung des § 320, II BGB ist sicherlich unrichtig. Abgesehen davon, daß die fragliche Wendung im Gesetz nur ein Beispiel für einen vom Richter zu beachtenden Umstand darstellt, kann man auch durchaus mit der Beseitigung von Mängeln oder mit einer sonstigen Verbesserung des Geleisteten im Rückstand sein. Jedenfalls ist kein Grund ersichtlich, warum der Beklagte bei einem geringfügigen Fehler der Gegenleistung seine Leistung voll zurückhalten darf, während ihm die Einrede versagt ist, wenn ein Teil der geschuldeten Quantität fehlt.[97])

Ist eine Verbesserung des bisher Geleisteten möglich und geschuldet, so ist auch eine ihrer Beschaffenheit nach nicht der vertraglichen Verpflichtung des Schuldners entsprechende Leistung als Teilleistung anzusehen, sei es, daß eine bessere

(André, S. 137; v. Renesse, S. 107; Rocktäschel, S. 20), bedarf es nach Sinn u. Wortlaut des § 320, II nicht, vielmehr ist die Einrede bei Vorliegen der darin aufgestellten Voraussetzungen o. w. als ausgeschlossen oder wenigstens eingeschränkt zu erachten (Petersen, S. 23 m. ausführlicher Begründung; Oertmann, § 320, Anm. 8b).

[95]) Motive II, S. 203; Protok. I, S. 630 ff.; Planck, § 320, Anm. 3a; Oertmann, § 320, Anm. 8b; RGRKomm. § 320, Anm. 7; Düringer-Hachenburg, IV, Vorb. § 343, Anm. 246; das RG in ständiger Rechtspr. 52/355, 56/153, 57/400.

[96]) Cosack, I, S. 301 (1. Aufl.); Patuschka, S. 12; Schreier, S. 11.

[97]) Cosack hat im übrigen auch in den späteren Auflagen seines Lehrbuchs seine frühere Ansicht aufgegeben.

Qualität geschuldet war, für den Farbanstrich der Wände, Türen oder Fenster des erbauten Hauses z. B. ist eine schlechtere Farbe verwandt als vereinbart, anstatt des geschuldeten Seidenfutters ist nur Kunstseide für den gelieferten Anzug verarbeitet worden, sei es, daß das Geleistete fehlerhaft ist, die Türschlösser des Hauses schließen nicht, der Kohlenverbrauch der bestellten Dampfmaschine ist infolge ungenügender Wärmeisolierung zu groß.

Von der Lieferung einer mangelhaften ist die Übergabe einer andern Sache (aliud) zu unterscheiden, statt Wintersaatgetreide ist Sommersaatgut, statt eines echten handgeknüpften Orientteppichs ein deutscher Fabrikteppich geliefert. Die Entscheidung der Frage, ob eine mangelhafte oder eine völlig andere Sache vorliegt, kann oft recht schwierig sein, wenn z. B. zur Weiterverarbeitung gelieferte Werkstücke, Bretter oder Eisenträger in ihrer Länge oder Stärke nicht den verlangten Maßen entsprechen, statt 90%iger 70%ige Schwefelsäure geliefert ist usw.[98]) Neben der stofflichen Zusammensetzung sind für die Unterscheidung der im Vertrag angegebene Verwendungszweck der Ware und die Verkehrsauffassung maßgebend.[99])

Hat der Kläger aber statt der geschuldeten Ware eine solche ganz anderer Art und Beschaffenheit geliefert, so ist darin niemals eine Teilleistung im Sinne des § 320, II BGB zu erblicken, denn das Geleistete bedarf nicht nur einer Ergänzung, sondern der Schuldner hat von neuem zu leisten. Der Beklagte kann deshalb in solchen Fällen unter Rückgabe der bisherigen Leistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in vollem Umfange geltend machen, ohne eine Beschränkung seines Rechtes auf Grund des § 320, II BGB befürchten zu müssen[100]).

b) Eine Teilleistung im Sinne des § 320 BGB liegt weiterhin vor, wenn der Schuldner seiner Rechtsverschaffungspflicht nicht gehörig nachgekommen ist, sei es, daß er bei einer Mehrheit einzeln zu übertragender Rechte dem Gläubiger erst einige dieser Rechte gewährt hat, sei es, daß das verschaffte Recht durch Rechte Dritter beschränkt ist.

Nach § 433 BGB ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache

[98]) JW 1929/679; LZ 1908/158.

[99]) Staub-Heinichen, § 378, Anm. 2—3a; Düringer-Hachenburg, § 378, Anm. 4 ff.

[100]) Oertmann, § 320, Anm. 8b.

zu verschaffen, er hat, wie die herrschende Lehre annimmt,[101]) mit der Übertragung von Besitz und Eigentum zwei verschiedene selbständig nebeneinander bestehende Verpflichtungen zu erfüllen. Für die gegenteilige Auffassung[102]), daß es sich hierbei um eine einheitliche Pflicht mit doppeltem Inhalt handele, daß, falls eine von ihnen nicht erfüllt werden kann, die Leistung nicht nur teilweise, sondern völlig unmöglich sei, sprechen weder der Wortlaut des § 433 BGB noch sonstige zwingende Gründe. Wenn auch in der Regel die Eigentumsverschaffung für den Vertragszweck so entscheidend ist, daß daneben der Besitzübertragung nur untergeordnete Bedeutung zukommt, so gibt es doch Fälle, in denen die bloße Verschaffung des Besitzes dem Käufer wertvoll genug sein kann, um sich trotz der Unmöglichkeit der Übereignung mit dem Besitz zu begnügen; man denke etwa an den Verkauf einer zur einmaligen Nutzung bestimmten Sache, etwa einer Zeitschrift oder eines Unterhaltungsromanes. Die Annahme der Selbständigkeit der beiden sich aus § 433 BGB ergebenden Verpflichtungen entspricht deshalb einem praktischen Bedürfnis[103]).

Die Anwendung des im § 320, II BGB ausgesprochenen Grundsatzes erscheint jedenfalls häufig dann geboten, wenn der Verkäufer bereits das Eigentum übertragen hat und der Käufer sich jederzeit selbst ohne Schwierigkeiten den Besitz verschaffen kann. Ebenso kann die Verweigerung des ganzen Kaufpreises gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich der Käufer bereits im Besitz des verkauften Grundstücks befindet, die Eintragung im Grundbuch aber infolge einer unschwer zu behebenden Beanstandung des Grundbuchrichters noch nicht erfolgt ist, weil z. B. versehentlich die Vollmacht des Vertreters des Verkäufers (§ 29 GBO) oder die nach § 11 des Ges. über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22. 9. 1933 erforderliche Bescheinigung, daß es einer Genehmigung der Auflassung nach § 4 dieses Gesetzes im vorliegenden Falle nicht bedürfe, nicht mit eingereicht sind.

Auch soweit die Einrede des nicht erfüllten Vertrages darauf gestützt werden kann, daß der geleistete Gegenstand mit Rechten Dritter belastet ist, die gegen den Erwerber geltend gemacht werden können, unterliegt die Einrede der Beschrän-

---

[101]) Planck, § 433, Anm. 6a γ; Oertmann, § 433, Anm. 2a β; RGRKomm. § 433, Anm. 8, I; Windscheid-Kipp, S. 680; RG 85/322, 95/106.

[102]) Titze, S. 44 f.; Eccius in Gruch. Beitr. 50/499; Endemann, I, § 160, Anm. 23.

[103]) Vgl. auch Schöller in Gruch. Beitr. 46/8.

kung des Absatzes II[104]). Wenn man auch in diesem Falle schwerlich von einer Teilleistung im eigentlichen Sinne sprechen kann, so erscheint die Anwendung des § 320, II BGB doch geboten, denn dem Gläubiger ist weniger geleistet als ihm zusteht, die bisherige Leistung kann aber durch Beseitigung der Belastung ergänzt werden. So hat das Reichsgericht[105]) im Band 56/152 ff. die Einrede eines Grundstückskäufers, daß eine auf dem lastenfrei zu übereignenden Grundstück eingetragene geringfügige Domänenrente noch nicht gelöscht sei, als gegen Treu und Glauben verstoßend zurückgewiesen. Das Gleiche wird bei allen Belastungen, die den Käufer in seinem Recht nur unwesentlich beschränken, anzunehmen sein.

III. Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann nach § 320, II BGB die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung den Umständen nach gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Aus dieser Bestimmung ergibt sich nach Adler[106]), daß derjenige, der eine Teilleistung angenommen hat, jenen Teil seiner Gegenleistung nicht verweigern dürfe, der der angenommenen Leistung entspricht. Daß der angenommene Teil für ihn kein Interesse hat, sei kein Grund zur Leistungsverweigerung, sondern zum Rücktritt oder zur Forderung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung.

Wäre dieser Grundsatz aus § 320, II BGB zu entnehmen, so würde der Gläubiger, dem es vor allem auf den noch ausstehenden Teil ankommt, wenn er nicht auf die ihm vom Schuldner aufgezwungene Teilung des Vertrages eingehen und wegen der Restleistung selbst Klage erheben will, auf diese Weise u. U. gegen seinen Willen zum Rücktritt und damit zum Verzicht auf die von ihm begehrte Leistung gezwungen. Daß ein solches Ergebnis den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht wird, hat Adler offenbar schon selbst gesehen, denn er erwartet von einer „feinfühligen Rechtsanwendung", daß dem Gläubiger, falls er in Erwartung weiterer Leistung angenommen hat, das Recht gegeben wird, das Empfangene zurückzugewähren und seine Leistungen darauf zu verweigern.[107])

Zu einer derartigen Auslegung zwingen aber weder der Wortlaut noch der Sinn des § 320, II BGB. Es ist vielmehr da-

---

[104]) Oertmann, § 440, Anm. 2a; Planck, § 440, Anm. 2; Motive II, S. 217.

[105]) RG in Gruch. Beitr. 59/909; in „Recht" 1909, 222.

[106]) Adler, S. 8; ebenso Staub-Heinichen, Anh. zu § 374, Anm. 38.

[107]) Ein solches Recht wird ihm nach dem BGB kaum zugestanden werden können, so richtig Dörge, S. 20.

von auszugehen, daß jede der Parteien einen Anspruch auf die volle Gegenleistung hat und nur gegen diese ihre eigene Leistung zu bewirken braucht. Da keine der Parteien nachträglich das Schuldverhältnis eigenmächtig in einzelne gesondert zu behandelnde Teile zerlegen kann, muß dem in Anspruch genommenen Vertragsteil grundsätzlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in vollem Umfange bis zur Befriedigung der gesamten Gegenforderung verbleiben.

Hat allerdings der Gläubiger einen Teil der ihm geschuldeten Leistung angenommen, so kann die Verweigerung seiner ganzen Leistung unbillig erscheinen; dies aber nur dann, wenn im einzelnen Falle noch besondere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als einen Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen, zum Beispiel verhältnismäßige Geringfügigkeit des rückständigen Teiles oder vorübergehende Unfähigkeit zur Bewirkung der Restleistung usw. Daß der Gläubiger bereits zu einem Teil seiner Forderung befriedigt ist, reicht aber nicht schlechthin aus, um ihn zu entsprechender Gegenleistung zu verpflichten[108]).

Dafür, wann die Verweigerung der ganzen Leistung nach teilweiser Bewirkung der Gegenleistung gegen Treu und Glauben verstößt, lassen sich naturgemäß einzelne Regeln nicht aufstellen. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles hat der Richter jeweils das Interesse des Klägers, der Wert und Nutzung eines Teiles seiner Leistung bereits entbehrt, an der Erlangung des ihm dafür nach dem Vertrage zustehenden Gegenwertes gegenüber dem Interesse des Beklagten an der durch die Leistungsverweigerung zu erzwingenden Ergänzung des ihm bisher Geleisteten abzuwägen.

Für diese Interessenabwägung können im einzelnen Falle die verschiedenartigsten Umstände bedeutsam werden. Als einen der wichtigsten hebt das Gesetz die verhältnismäßige Geringfügigkeit des rückständigen Teiles hervor. Daß damit aber nur ein Beispiel für einen allerdings stets besonders zu beachtenden Umstand gegeben werden soll, ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut (insbesondere wegen . . .) als auch aus der Entstehungsgeschichte des Absatzes II[109]). Mit Recht wurde deshalb in verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts der Spruch des Vorderrichters aufgehoben und die Sache zur anderweitigen

---

[108]) So die durchaus überwiegende Meinung, vgl. Oertmann, § 320, Anm. 2b, cc, γ; Staub-Heinichen, Vorbem. § 373, Anm. 78a; RG in JW 1915/1003; Warneyer 1915/258.

[109]) Prot. I, S. 633 f.

Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, weil dieser nur die verhältnismäßige Geringfügigkeit der Restleistung, die vom Gesetz nur als einer der Beurteilungsmaßstäbe hervorgehoben sei, zugunsten des Klägers berücksichtigt habe, dagegen nicht erwogen worden sei, ob nicht aus anderen Gründen eine strengere Beurteilung geboten erscheine.[110])

a) Für die Entscheidung der Frage, ob der noch ausstehende Teil der Leistung des Klägers nur als g e r i n g f ü g i g zu erachten ist, sind der Wert des Fehlenden und seine Bedeutung für die bestimmungsgemäße wirtschaftliche Ausnutzung des Leistungsgegenstandes durch den Beklagten maßgebend. Hat der Weintrinker bereits 98 der gekauften 100 Flaschen Wein erhalten, hat der Verkäufer nur noch für die Beseitigung einer unbedeutenden Belastung des zu übertragenden Grundstücks zu sorgen, oder ist die Beeinträchtigung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Mietsache nur gering, so wird regelmäßig die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur insoweit zuzulassen sein, als zur Sicherung des Anspruchs des Gläubigers auf die noch ausstehende Gegenleistung ausreichend erscheint, da hier Wert und Nutzung der Teilleistung gegenüber der vollständigen Leistung nur unerheblich zurückstehen.

Wird aber der Wert der Leistung gerade durch ihre Vollständigkeit bestimmt, wie beispielsweise bei einer Sammlung oder bei einem mehrbändigen Werk, oder kann der Gläubiger das Geleistete ohne die Vervollständigung überhaupt nicht bestimmungsgemäß verwenden, so darf selbst, wenn eine ihrem Umfange nach nur unbedeutende Ergänzung erforderlich ist, der Rückstand nicht als geringfügig bezeichnet werden. Ein Geldschrank ohne die dazugehörigen Schlüssel oder ein Motor ohne Zündkerze sind für den Käufer oder Besteller in der Regel unbrauchbar; trotz des geringen Wertes der fehlenden Stücke darf daher die rückständige Leistung gewöhnlich nicht als verhältnismäßig geringfügig bezeichnet werden.[111])

---

[110]) RG in Warn. Rechtspr. 1913/N. 405, S. 485; RG in Gruch. Beitr. 51/934; RG in JW 1915, S. 1189.

[111]) Allerdings kann in solchen Fällen dem Gläubiger u. U. nach Treu u. Glauben zuzumuten sein, sich die fehlenden Stücke von dritter Seite zu beschaffen. Eine derartige Verpflichtung wird man zwar einem mit der technischen Einrichtung des Leistungsgegenstandes nicht vertrauten Laien selbst dann nicht auferlegen können, wenn die Ersatzteile leicht zu beschaffen sind. Anders jedoch, wenn der Käufer jederzeit imstande ist, die unschwer zu beschaffenden Teile selbst einzusetzen und dadurch die unvollständige Leistung gebrauchsfähig zu machen; hier wird die Einrede auf einen den Kosten der Ersatzbeschaffung entsprechenden Teil zu beschränken sein. Vgl. auch JW 1884/274.

Selbst wenn aber der Gläubiger das Geleistete bereits seiner Bestimmung gemäß nutzen kann, darf für die Prüfung der Geringfügigkeit des rückständigen Teiles im Verhältnis zu der schon vollzogenen Leistung nicht unberücksichtigt bleiben, daß durch die Nutzung der unvollständigen Leistung u. U. die Gefahr einer Schädigung des Gläubigers oder dritter Personen besteht. Wenn z. B. bei der Befeuerung der gelieferten Dampfmaschine Kohlenoxydgase ausströmen oder bei dem erbauten Hause die Dachziegel so mangelhaft befestigt sind, daß bei einem Sturm die Gefahr des Herabstürzens besteht, so wird, auch wenn die Beseitigung des Mangels nur einen geringen Kostenaufwand erfordert, der Gläubiger, der bei Unfällen Schadensersatzansprüche von beträchtlicher Höhe befürchten muß, zur Zurückhaltung seiner vollen Leistung oder zum mindesten eines erheblich höheren Betrages berechtigt sein, als zur Sicherung seines Anspruchs auf die Verbesserung der bisherigen Leistung erforderlich wäre. So hat das Oberlandesgericht Hamburg in einer Entscheidung vom 12. 3. 1914[112]) die Zurückhaltung von 700 Mark mit Recht für zulässig gehalten, obgleich der vom Beklagten gerügte Mangel mit einem Kostenaufwand von 30 Mark beseitigt werden konnte, weil bei der Gefährlichkeit der Einrichtung Unfälle und damit verbunden Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu besorgen waren, deren Höhe nicht vorauszusehen war[113]).

b) Die verhältnismäßige Geringfügigkeit des rückständigen Teiles ist jedoch, wie oben ausgeführt, nur ein vom Gesetz als Beispiel hervorgehobener Umstand, der für sich allein weder erforderlich noch immer ausreichend ist, um die Verweigerung der vollen oder einer den Wert des Rückständigen erheblich übersteigenden Leistung als einen Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen zu lassen. Daneben wird vor allem auch dem Grund des Ausbleibens der restlichen Gegenleistung für den Umfang der durch § 320, II BGB gebotenen Einschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages stets besondere Bedeutung zukommen.

Bewirkt der Kläger die Restleistung nicht, obgleich er dazu ohne Schwierigkeiten imstande ist, so wird man dem Beklagten ein berechtigtes Interesse an der Zurückhaltung eines den Wert der rückständigen Gegenleistung erheblich übersteigenden

[112]) OLG 33/219.

[113]) Jedoch ist die Begründung der Zurückhaltung d. vollen Leistung damit, daß sich noch Mängel an dem Geleisteten herausstellen können, mit Recht für unzulässig erklärt worden; vgl. OLG 23/7.

Teiles seiner Leistung zugestehen müssen, denn allein dadurch kann er auf einen nachlässigen oder böswilligen Gegner einen ausreichenden Druck zur Erfüllung seiner restlichen Verpflichtung ausüben.

Es wird vielfach die Ansicht vertreten[114]), daß bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Nichtleistung des rückständigen Teiles auch bei einem geringfügigen Rückstand schlechthin die Verweigerung der vollen vom Gegner geschuldeten Leistung niemals gegen Treu und Glauben verstoße. Ein solcher Grundsatz läßt sich jedoch schwerlich rechtfertigen. Durch die Bestimmung des § 320, II BGB soll offenbar verhindert werden, daß der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages über ihren Zweck, seinen Anspruch auf gleichzeitige und gehörige Bewirkung der Gegenleistung zu sichern, hinaus dazu mißbraucht, um weiterhin im Besitz der eigenen nach dem Vertragszweck schon dem Kläger gebührenden Leistung zu bleiben, während er selbst bereits im wesentlichen Wert und Nutzung der Gegenleistung erhalten hat. Hält der Beklagte mehr zurück als zur Sicherung seines Interesses an der Vervollständigung der Teilleistung erforderlich erscheint, so überschreitet er das ihm nach § 320 BGB zustehende Recht. Eine solche Überschreitung seiner Befugnisse wird aber nicht allein dadurch gerechtfertigt, daß sich der Kläger selbst durch die mutwillige Verweigerung der Restleistung vertragsbrüchig erwiesen hat.[115])

Bei einem böswilligen Gegner wird allerdings regelmäßig zur Erzwingung der Vertragserfüllung und zur Sicherung etwaiger weiterer sich aus der Vertragsverletzung ergebender Ansprüche des Beklagten die Zurückhaltung eines erheblich höheren Betrages nötig sein als bei einem Schuldner, der bestrebt ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen, dazu jedoch infolge eines unverschuldeten Hindernisses außerstande ist. In welchem Umfange die Leistungsverweigerung erforderlich und ausreichend erscheint, kann sich aber nur aus einer Berücksichtigung a l l e r Umstände des Falles ergeben, dabei werden vor allem die Dauer des Rückstandes, wiederholte vergebliche Mahnungen, die bei einem Vertragsbruch des Klägers regelmäßig bestehenden gespannten Beziehungen der Parteien sowie eine etwa ausgesprochene bestimmte Verweigerung der Nach-

---

[114]) Planck, § 320, Anm. 4; Staudinger, § 320, Anm. 2b, cc, γ; Schollmeyer, § 320, Anm. 3; OLG Darmstadt im „Recht" 1910/2495.

[115]) Gegen die Ansicht von Planck insbesondere OLG Darmstadt in Hess. Rechtspr. 1909, S. 123; Staub-Heinichen, Anh. z. § 374, Anm. 38. Wie hier ferner Oertmann, § 320, Anm. 8b; RG in Gruch. Beitr. 51/935; RG 68/22.

leistung gegen den Kläger besonders zu bewerten sein; sie können jedoch nicht immer, insbesondere bei einem nur geringfügigen Rückstand, die Verweigerung der vollen Leistung durch den Beklagten rechtfertigen[116]).

Ist dagegen der Schuldner trotz seiner Bereitwilligkeit zur Bewirkung der vollen Gegenleistung infolge eines unverschuldeten Hindernisses vorübergehend nicht imstande[117]), so wird in der Verweigerung der ganzen Leistung durch den Beklagten häufig ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken sein, selbst wenn der rückständige Teil der Gegenleistung nicht als verhältnismäßig geringfügig bezeichnet werden kann. Dem Beklagten soll zwar durch das Einrederecht des § 320 BGB die Möglichkeit gegeben werden, einen säumigen Kläger durch Zurückhaltung der geforderten Leistung zur vollständigen Erfüllung des Vertrages anzuhalten, dieser Zweck muß jedoch gegenüber einem leistungswilligen Gegner in den Hintergrund treten. Dagegen gewinnt hier der Gesichtspunkt, daß es unbillig erschiene und dem Sinn eines auf Leistungsaustausch gerichteten Vertrages widerspräche, wenn dem einen Vertragsteil Wert und Nutzung eines Teiles der Gegenleistung zur Verfügung stehen, ohne daß er selbst den Nutzen eines entsprechenden Teiles der eigenen Leistung entbehrt, erhöhte Bedeutung. Konnte z. B. der Kläger die verkaufte Warenmenge nicht voll liefern, weil die Erzeuger der Ware infolge eines plötzlich ausgebrochenen Streiks die weitere Belieferung des Klägers für einige Zeit einstellen mußten, oder konnte nur ein Teil geliefert werden, weil der Verkäufer trotz seines Bemühens nicht für die Gesamtleistung ausreichende Transportmittel zu beschaffen vermochte[118]), so würde der Beklagte gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er diesen Umstand für sich ausnutzen wollte und die Zahlung eines dem Geleisteten entsprechenden Teiles des Kaufpreises ablehnte. Dazu wird der Beklagte noch weniger dann berechtigt sein, wenn er schon bei der Annahme der Teilleistung wußte, daß der Kläger an der Bewirkung weiterer Leistungen vorläufig ohne sein Verschulden behindert ist. Eine unbillige Härte bedeutet die Begünstigung des Klägers in derartigen Fällen nicht, denn bleibt die Gegenleistung dem Beklagten zu lange aus, so mag er sie einklagen und dabei schon im Urteil eine Frist zur Lieferung setzen lassen (§ 283 BGB,

---

[116]) RG in Warn. Rspr. 1913, N. 405.

[117]) Dauernde Unmöglichkeit der Restleistung schließt die Geltendmachung d. Einrede aus.

[118]) RG in Seuff. Arch. 79/107 ff.

§ 255 ZPO) und nach erfolglosem Fristablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[119]).

Hat der Schuldner sich selbst vorsätzlich oder fahrlässig in die Lage gebracht, die Restleistung zur Zeit nicht bewirken zu können, so soll nach Schollmeyer[120]) nicht anders zu entscheiden sein, als wenn er aus bösem Willen oder Nachlässigkeit die Restleistung unterläßt. Da Schollmeyer hierbei der Ansicht von Planck folgt, wäre also in jedem Falle die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in vollem Umfange zuzulassen. Richtigerweise wird man jedoch auch hier die näheren Umstände des Falles berücksichtigen müssen und nachzuprüfen haben, ob das Verhalten des Klägers zu berechtigtem Mißtrauen an seiner Erfüllungsbereitschaft Anlaß gibt, so daß ein verstärkter Druck zur Erzwingung der Vertragserfüllung auf ihn ausgeübt werden muß, oder ob gegen seine Leistungsbereitschaft nach Beseitigung des Hindernisses keine Bedenken bestehen, so daß eine strengere Beurteilung des Falles nicht erforderlich erscheint.

c) Wenn auch dem Umfange des rückständigen Teiles und dem Grunde des Ausbleibens der vom Kläger geschuldeten Leistung in der Mehrzahl der Fälle eine überwiegende Bedeutung für die nach § 320, II BGB zu treffende Entscheidung zukommen wird, so sind sie jedoch keineswegs allein ausschlaggebend, daneben werden insbesondere auch der vom Beklagten mit der Leistungsverweigerung verfolgte Zweck und die Art der zurückgehaltenen Leistung stets zu beachten sein.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages soll nur dazu dienen, den Anspruch des Beklagten auf gehörige Vertragserfüllung zu sichern, sie darf aber nicht dazu mißbraucht werden, um den Gegner durch die Vorenthaltung der ihm gebührenden Leistung zur Übernahme neuer lästiger Vertragsbedingungen oder zur Anerkennung einer streitigen Gegenforderung zu zwingen oder ihn in sonstiger Weise ohne berechtigtes eigenes Interesse an der Zurückhaltung der vollen Leistung mutwillig zu schädigen. So hat das Reichsgericht in einem Urteil vom 24. 3. 1911 z. B. die Einstellung weiterer Bierlieferungen durch die Brauerei an einen Gastwirt, der aus früheren Lieferungen mit einem Betrage von etwa 300 Mark im Rückstand war, für unzulässig erklärt, weil er dadurch lediglich

[119]) Planck, § 320, Anm. 4; Düringer-Hachenburg, Vorb. § 343, Anm. 245.

[120]) Schollmeyer, Komm. § 320, Anm. 3.

zur Einwilligung in eine Bierpreiserhöhung und zur Übernahme weiterer Verpflichtungen gezwungen werden sollte; denn gegen den Verlust des rückständigen Betrages sei die Brauerei durch die Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück des Schuldners ausreichend gesichert gewesen.[121])

d) Auch die Art der zurückgehaltenen Leistung des Beklagten ist schließlich für die auf Grund des § 320, II BGB gebotene Einschränkung der Einrede bedeutsam. Ist die Leistung des Beklagten teilbar, so kann er gewöhnlich wenigstens einen zur Sicherung seines Gegenanspruches ausreichenden Teil zurückhalten. Handelt es sich aber um eine unteilbare Leistung, so kann die Versagung des Leistungsverweigerungsrechtes eine erhebliche Benachteiligung des Beklagten bedeuten, weil er mit der notwendigerweise vollständigen Hingabe des geforderten Gegenstandes ein wirksames Druckmittel gegen den Kläger verliert. Selbst bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des Rückstandes wird man deshalb dem Beklagten gegenüber einem nachlässigen oder böswilligen Gegner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht versagen dürfen. Ob die Zurückhaltung der unteilbaren Leistung gegenüber einem ohne eigenes Verschulden an der Restleistung verhinderten, etwa einem vorübergehend in Geldschwierigkeiten geratenen Kläger zulässig ist, wird von der Höhe und voraussichtlichen Dauer der Behinderung abhängen. Dabei muß, wenn auch die Einrede des § 320 BGB im Gegensatz zu dem Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB nicht durch Sicherheitsleistung abgewandt werden kann, eine etwaige Sicherstellung des Beklagten zugunsten des Klägers berücksichtigt werden.[122])

IV. Die sich aus den vorhergehenden Ausführungen ergebende Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechtes des Beklagten, an den bereits eine Teilleistung bewirkt ist, ist nun nicht nur in den Fällen des Zug um Zug-Austausches der gegenseitig geschuldeten Leistungen zu beachten. Auch bei der Einrede der mangelnden Vorleistung, als einem Sonderfall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist die Berücksichtigung des § 320, II BGB geboten.[123]) Der Käufer einer Gastwirtschaft

[121]) DJZ 1911/817.
[122]) RG in JW 1915/1189.
[123]) Staub-Heinichen, Vorb. § 373, Anm. 78a; Staudinger, § 614, Anm. I, 2a; Warneyer, § 320, Anm. VIII; Lotmar, I, S. 373 f., II, S. 72 f.; Köttgen, S. 38, RG in Gruch. Beitr. 51/931 ff.

z. B. kann die Zahlung des nach der Übergabe der Räume fällig werdenden Kaufpreises nicht deshalb vollständig verweigern, weil noch ein Teil der dazugehörigen Vorräte fehlt oder einzelne der mitverkauften Gerätschaften noch nicht übergeben sind. Es sei denn, daß ausdrücklich vereinbart wurde, daß der Beklagte erst nach völliger Befriedigung seines Anspruchs zu erfüllen brauche[124]).

Ebenso unterliegt auch die auf § 320, I, 2 BGB gestützte Einrede des von einem von mehreren Gläubigern in Anspruch genommenen Schuldners u. U. der Beschränkung des II. Absatzes. Wie Kipp[125]) mit Recht betont, muß es gleichgültig sein, ob die vom Beklagten angenommene Teilleistung von einem Gläubiger oder von einigen unter mehreren Mitkontrahenten bewirkt wurde. So kann es beispielsweise unbillig erscheinen, daß der Gläubiger, der von vier unter fünf Mitschuldnern zu $^4/_5$ seines Anspruchs befriedigt worden ist, wegen Ausbleibens des letzten Fünftels seine Leistung nicht nur dem säumigen, sondern auch den übrigen Schuldnern gegenüber in vollem Umfange verweigern darf. Auch in solchen Fällen ist nach dem Grundsatz des § 320, II BGB die Einrede nur in Ansehung eines Teiles der geforderten Leistung zuzulassen. Dabei kann der Richter nach billigem Ermessen entweder die Einrede denjenigen gegenüber, die ihre Leistung bereits bewirkt haben, auf einen der noch ausstehenden Restleistung entsprechenden Teil beschränken, in unserem Beispiel also nur für $^1/_5$ der vom Beklagten geschuldeten Leistung gewähren, oder auch den Einredeberechtigten unter Zurückweisung seiner Einwendung lediglich an den säumigen Teil der Gegenseite verweisen.

---

[124]) Eine derartige Klausel kann sich z. B. zugunsten des Käufers beim Verkauf eines Sammelwerkes oder einer in sich geschlossenen Sammlung finden, deren einzelne Teile der Verkäufer sich erst beschaffen muß.

[125]) Windscheid-Kipp, S. 324; Rehbein, S. 182.

Schriften-Verzeichnis.

I. Kommentare.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. IV, 3. Auflage 1932.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 5. Aufl. 1928.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz,
Bd. II, 1, 4. Aufl. 1914;
Bd. II, 2, 4. Aufl. 1928.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. I u. II, 8. Aufl. 1934.

Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 1900.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I, 5. Aufl. 1931.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III, IV, bearb. v. Heinichen, 14. Aufl. 1933.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd. II, 9. Aufl. 1930.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1930.

II. Lehrbücher und Einzelschriften.

Adler: Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB mit bes. Rücksicht auf den Handelskauf, Festschrift für Ernst Zitelmann, 1913.

André: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht, 1890.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Aufl. 1898, 7.—8. Aufl. 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

Dörge: Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages unter bes. Berücksichtigung ihrer Anwendbarkeit beim Kaufvertrage, Diss. Göttingen, 1928.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1903.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl. 1932.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. 1903, Bd. I.

Grantz: Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die gegenseitigen Verträge auf die Miete des BGB. Diss. Göttingen, 1933.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge, 2. Aufl. 1900.

Haymann: Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, 1913.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Heerwart: Über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus, Archiv f. ziv. Prax., Bd. VII, S. 335 ff.

Hueck: Der Sukzessivlieferungsvertrag, 1918.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900.
König: Die Haftung des Vermieters für Sachmängel, Diss. Göttingen, 1929.
Köttgen: Die Einrede der mangelnden Vorleistung. Diss. Münster, 1930.
Krahmer: Gegenseitige Verträge, 1904.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht, 1906.
Leonhard: Die Beweislast, 1926.
ders.: Allgemeines Schuldrecht des BGB, Bd. I, 1929.
ders.: Besonderes Schuldrecht des BGB, Bd. II, 1931.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Rechte des Deutschen Reichs. Bd. I, II. 1902/8.
Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs, 4. Aufl. 1932.
Patuschka: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach BGB, Diss. Jena, 1903.
Petersen: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Diss. Rostock, 1900.
Regelsberger: Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und von dem Einfluß der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis in Jherings Jahrbücher 40/249 ff.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II, 1903.
von Renesse: Das Zurückhaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Diss. Leipzig 1906.
Rocktäschel: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Diss. Rostock 1900.
Schmidt, Rudolf: Bürgerliches Recht, Lehrbuch, 1927 (zit. Lb).
ders.: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, 1915 (zit. Gk).
Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB, 1902.
Schreier: Die Lehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs von den gegenseitigen Verträgen und ihre Anwendung auf Kauf und Miete, Diss. Erlangen, 1898.
Sinzheimer: Lohn und Aufrechnung, 1902.
Süß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, 1931.
Titze: Unmöglichkeit der Leistung, 1900.
von Tuhr: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1924.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1903, Bd. II, bearb. v. Kipp.
Vierneusel: Inwieweit finden auf das Gesellschaftsverhältnis die Regeln vom gegenseitigen Vertrag Anwendung? Diss. Jena 1931.

Lebenslauf.

Am 19. August 1909 wurde ich als Sohn des Oberpostinspektors Christian Johannsen und seiner Ehefrau Hermine geb. Nicolai in Bln.-Neukölln geboren. Von Oktober 1915 an besuchte ich die Vorschule der Oberrealschule in Berlin-Pankow; im Oktober 1918 wurde ich in die Sexta des Pankower Realgymnasiums aufgenommen. Dort bestand ich im September 1927 die Reifeprüfung. Vom Wintersemester 1927/28 bis zum Wintersemester 1929/30 studierte ich an der Berliner Universität Rechts- und Staatswissenschaften. Vom Sommersemester 1930 bis zum Sommersemester 1931 setzte ich mein Studium an der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg fort. Am 21. Dezember 1931 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Naumburg die erste juristische Staatsprüfung. Nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes bestand ich am 26. September 1935 das Assessor-Examen. Seit dem 20. Dezember 1935 stehe ich im Justizprobedienst.

Während meines Studiums in Berlin habe ich an Übungen und Vorlesungen der Herren Professoren Bornhak, Heymann, Goldschmidt, Kipp, Kohlrausch, Nußbaum, Popitz, Rabel, Smend, Stutz, Triepel und Wolff teilgenommen. In Halle hörte ich bei den Herren Professoren Bilfinger, Böhmer, Finger, Fleischmann, Hein, Joerges, Kisch, Kitzinger, Ruth und Schmidt.

Die vorliegende Arbeit ist auf Anregung des Herrn Professors Dr. Rudolf Schmidt entstanden, dem ich für viele wertvolle Fingerzeige zu größtem Danke verpflichtet bin.